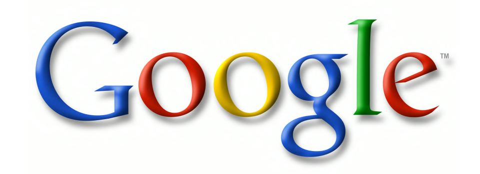
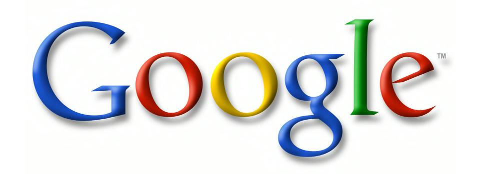
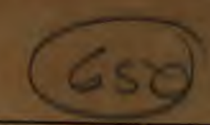








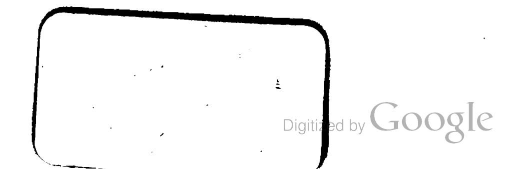
Prozeßrechtliche Forschungen

von

J. Kohler,
Professor an der Universität Berlin.

Berlin 1889.

Verlag von H. W. Müller.



Goldmann

Prozeßrechtliche Forschungen.

LUCCHINI

Prozeßrechtliche

Forschungen

von

Josef Kohler
J. Kohler,
Professor an der Universität Berlin.

Berlin 1889.

Verlag von H. W. Müller.

Vorwort.

In der Prozeßwissenschaft kann nur eine Verbindung der rechtsvergleichenden mit der dogmatischen Methode zum Ziele führen. Die rechtsvergleichende Methode ist die richtige historische Methode insbesondere auf einem Gebiet, dessen Wurzeln auf dem allgemeinen Nährboden der modernen Kulturentwickelung gediehen sind.

Nicht in der Vereinzelung, in der Zusammenfassung ist die Hauptstärke der Wissenschaft und ihre Hauptergebnisse werden sich demjenigen erschließen, welcher ein möglichst weites Beobachtungsgebiet adäquater Prozeßformen in Betracht zieht. Wenn beispielsweise noch heutzutage die Rechtsverhältnißnatur des Prozesses bestritten wird, wenn es noch jetzt eine Lehre giebt, welche der Klagerhebung keine qualitativ andere Funktion zuschreibt, als den darauf folgenden Prozeßaktionen, wenn es eine Lehre giebt, welche die Einheit des Prozesses verkennt, wie sie sich unzweideutig in den Prozeßvoraussetzungen, Prozeßnichtigkeiten und Prozeßunterbrechungen kundgiebt: so zeigt die ganze Entwickelung des kanonischen Prozesses mit allen seinen Derivaten, welche von Spanien bis England reichen und bis Indien, wie sehr die Völker von der Prozeßeinheit überzeugt gewesen sind, welche sie ursprünglich in der Litiskontestation zum prägnanten äußerlichen Ausdruck brachten: die italienische comparsa, wie die englische appearance sind nichts anderes als Zweige dieser Einheitsidee.

Darf ich einen Wunsch beifügen, so ist es der, daß noch von vielen Seiten her die prozessualen Gebilde, welche das Recht der Nationen gezeitigt hat, in den Fokus der wissenschaftlichen Betrachtung

gerückt werde. Auch die Wissenschaft der verschiedenen Nationen, auch die Prozeßwissenschaft darf nicht mehr vereinzelt bleiben. Wie die rechtlichen Bildungen, so sollen auch die juristischen Forschungen der Völker in einheitlicher wissenschaftlicher Bearbeitung zur prägnanten Geltung kommen, und wir wollen alles dasjenige zum Gedeihen der Wissenschaft verwenden, was In- und Ausland im Prozesse geschaffen hat.

Weite des Blickes und Tiefe der Forschung, dies muß das Wahrzeichen deutscher Wissenschaft sein und bleiben.

Berlin, 1889.

Kohler.

Inhaltsverzeichniß.

Das Kontumazialverfahren.

Prozeßvergleichende Studien.

Das Kontumazialverfahren ist der Prüfstein für den Charakter des Prozesses und für die grundsätzlichen Prinzipien, welche denselben beherrschen. Denn die Macht des Staates und der staatlichen Einrichtung des Prozesses tritt vornehmlich da zu Tage, wo der Beklagte sich nicht freiwillig fügt und entweder sein Widerstand gebrochen oder über seinen Kopf hinaus weitergeschritten wird. Welche Bedeutung eine Kultur den Prozeßaktionen beilegt, muß gerade hier ersichtlich werden. Daher kann man niemals genug das Kontumazialverfahren eines Volkes ergründen: in ihm kulminiren die Symptome für die geheimsten Motoren, welche im Prozesse walten.

Im Folgenden soll das Kontumazialverfahren verschiedener Kulturvölker zur Darstellung gebracht werden; die Vergleichung derselben muß für das deutsche Prozeßrecht fruchtbar werden. Denn dasselbe ist aus dem kanonischen Verfahren, der gemeinsamen Mutter des modernen Prozesses, erwachsen; und es ist theils direkt beeinflußt worden von den ausländischen Prozessen, theils ist es durch dieselben Faktoren beherrscht worden, welche auch für die prozessualischen Rechtsgebilde der übrigen Kulturvölker bestimmend gewesen sind.

I. Das Kontumazialverfahren im spanischen Prozeß.

§ 1.

Den Alluren des kanonischen Prozesses entspricht am meisten der spanische; in Spanien war die Rechtsentwickelung sehr statarisch, und der heutige Prozeß trägt noch völlig die Züge an sich, welche einst den kanonischen Ordo judiciorum charakterisirt hatten.

Betrachten wir die alten königlichen Leyes [1]), so tragen sie vollkommen den Typus des kanonischen Rechts, insbesondere den Typus jener Prozeßgestaltung, wie sie Innocenz III. und Bonifaz VIII. fixirt hatten. So haben wir das Verfahren mit Litiskontestation, Positionen und Responsionen, mit juramentum calumniae, mit poena confessi in dem spanischen Prozeßgrundgesetz, in der Ley Alonsos, der Ley von Alcala von 1386 [2]), sowie in andern Leyes.[3]) Von besonderer Bedeutung sind die Bestimmungen über das Kontumazialverfahren, in der Ley Alonso's von Alcala von 1386 und der Ley von Segovia von 1387 [4]), welche auf die Geschichte des Kontumazialverfahrens ein helles Licht werfen. Hier finden wir einerseits die bereits von einigen Glossatoren postulirte Ergänzung der versäumten Litiskontestation [5]), und daneben wahlweise das Verfahren mit missio in bona, das asentamiento-Verfahren. Ich setze die Ley hierher, wie sie sich bei Perez I, p. 639 f. findet:

Los rebeldes que no quieren venor ante el Juzgador a los emplazamientos que les son puestos, non deden ser de mejor condicion, que los que vinieren a parescer ante ellos. Y por esto tenemos por bien y mandamos, que si el demandado fuere emplazado por tres emplazamientos [6]), y no viniere a los dichos tres plazos a cumplir de derecho, o viniere a los dichos tres plazos o alguno dellos, y se fuere sin mandado del Juzgador [7]), que dende en adelante que el Juzgador vaya por el pleito adelante a rescebir testigos del demandador, y otras pruevas que hoviere para provar su intencion, assi como si el pleito fuera contestado; y a dar sentencia difinitiva en el, sin otro emplazamiento.[8])

Pero si el demandador quisiere, y pidiere que se haga asentamiento, y no quisiere ir por el pleito adelante a dar pruevas en el, que el Juzgador sea tenido a lo hacer. Y el assentamiento que se haga en esta manera: que si la demanda fuere real, que el de-

1) Vgl. dieselben bei Perez, Ordenanzas reales de Castilla (Madrid 1779).
2) Bei Perez I, p. 511 f.
3) Bei Perez I, p. 499 f. 503.
4) Bei Perez I, p. 639 f. Auch in der Novisima Recompilacion de las Leyes de España (Paris 1846) IV, p. 397. Die Fassung weicht in manchem ab. Nur die bedeutendsten Abweichungen werden im Folgenden vermerkt.
5) Vgl. Haenel, Dissens. domin. p. 482. Vgl. auch Wetzell, System S. 618, Planck, Beweisurtheil S. 143 f.
6) Also 3 Ladungen, die dritte peremtorisch.
7) In der Sammlung von 1846 ist die Stelle dahin abgeändert: si el demandado fuere emplazado en persona por el emplazamiento, y no viniere al plazo, o si viniere, y se fuere sin mandado del Juzgador etc. Die 3 Ladungen sind hier zu einer geworden.
8) Also eremodicium.

mandador sea puesto en la tenencia de la cosa que demanda[1]), y sea tenido el demandado de venir a purgar la rebeldia hasta dos meses del dia que fuere puesto, y hecho el asentamiento, o lo embargare el demandado que no se haga.

E si fuere demanda personal que sea puesto el demandador en tenencia de tantos bienes muebles del demandado si le fueren hallados fasta en quantia de la demanda.[2]) E si bienes muebles no le fallaren, que sea hecho el assentamiento en bienes raices, y sea tenido el demandado de purgar[3]) la rebeldia hasta un mes del dia que el assentamiento fuere hecho, o lo embargare el demandado que no se haga, como dicho es.

Y si no viniere a purgar la rebeldia a los dichos plazos, que dende en adelante el que assi fuere assentado que sea verdadero posseedor[4]), y no sea tenido de responder al demandado sobre la cosa que tiene: salvo por la propriedad.[5]) Pero si el demandador fuere assentado en bienes de su contendor por demanda personal, y seyendo passado el mes del assentamiento quisiere mas que le sea pagada la quantia de su demanda, que no tener la possesion, que entonces que sean vendidos por mandado del Juzgador[6]) y de lo que valieren en que sea entregado el demandador de la quantia que puso en su demanda, y de las costas. E si mas valiere, que sea entregado en lo demas que valiere el demandado, y lo que menos valiere[7]) que sea tenido el demandado de lo pagar, y el Juzgador que lo faga assi cumplir luego. —

Anders, wenn der Beklagte sich weigert, auf die Klagepunkte zu antworten; hier gilt der Satz, daß: si asi no respondiere, que sea havedo por confieso por su rebeldia. So dasselbe Ordenamento von Alcala.[8])

---

1) In der Ausgabe von 1846: en la tenencia de la demanda.

2) Pro modo debiti declarati, c. 5 X ut lite non contest. Doch verlangte man von dem Kläger vorher mindestens den Kalumnieneid; so Ley de Siete Partidas III, 8 l. 2 und dazu Lopez, Glosse (Ed. 1611), III, Bl. 48b. Vgl. auch schon den Legisten Pillius, ord. jud., Ed. Bergmann, p. 84: negotio summatim examinato, puta sacramento actoris.

3) Pagar bei Perez I, p. 649 statt purgar ist offenbarer Fehler.

4) Actor post annum verus constituetur possessor, c. 5 X ut lite non cont.

5) Super proprietate duntaxat adversae parti defensione legitima reservata, c. 5 X cit.; vgl. auch Tancredus Ed. Bergmann p. 137. Vgl. auch schon den Legisten Pillius (circa 1198), Ordo jud., Ed. Bergmann p. 83.

6) Wie man solches auch nach kanonischem Rechte annahm.

7) In den Edicten von 1846 heißt es: y si menos valiere, que lo que menguare.

8) Perez I, p. 499. 503; Sammlung von 1846, IV, p. 398.

§ 2.

Die alten spanischen Prozeßgesetze überstanden die Jahrhunderte; wir finden sie noch in der citirten Sammlung spanischer Gesetze von 1846.

Durch Ley vom 13. Mai 1855 wurde bestimmt, daß die Prozeßvorschriften codificirt werden sollten, und darauf hin erging die Prozeß-O. vom 5. October 1855 (in Kraft getreten am 1. Januar 1856, in Cuba am 1. Juli 1866). Einer Reform wurde dieselbe im Jahre 1880 unterzogen und das Resultat dieser Reform ist die jetzige spanische C.P.O. vom 3. Februar 1881. Eine kurze Schilderung des Verfahrens wird zeigen, wie sehr dasselbe noch den ursprünglichen Charakter beibehalten hat.

Die bei Gericht eingereichte Klage wird dem Gegner zugestellt, welcher darauf die Litiskontestation vorzunehmen hat (a. 525. 540)[1]); jedoch kann er der Litiskontestation einstweilen entgehen, indem er dilatorische, d. h. prozessuale Einreden bringt; die betreffenden prozeßhindernden Einreden sind einzeln aufgezählt (a. 532. 533).[2]) Auf die Litiskontestation kann Replik und Duplik folgen (a. 546 f.).[3])

Sind faktische Streitpunkte vorhanden, so wird der Beweis zugelassen. Eine Hauptart des Beweises aber ist das kanonische Interrogatorium sub juramento: die Partei legt Positionen vor, auf welche sich die andere eidlich erklären soll; und zwar können dieselben vorgelegt werden zum dezisorischen und zum indezisorischen Eid; im ersten Fall ist der Eid beweisend, im letzten ist voll beweisend nur das Geständniß (a. 579—581)[4]); die nicht beantworteten Punkte gelten, ganz entsprechend dem kanonischen Recht, als zugestanden (a. 583. 586.)[5]). Auf die Beweiserhebung folgen die Konklusionsschriften, folgt, wo es für nöthig gilt, die Vista publica der Prozeßergebnisse (a. 667 f. 675 f. 318. 322 f. 330 f.), und darauf ergeht die sentencia (a. 678).

Entsprechend ist das Kontumazialverfahren nach kanonischer Ordnung gestaltet. Unterläßt der Beklagte die Litiskontestation, so gilt die Litiskontestation als erfolgt: se dara por contestada la demanda (a. 527)[6]); solches erfolgt auf klägerischen Antrag, und der Prozeß geht weiter: a peticion del actor se declarara contestada la demanda, y

1) Aehnlich die Prozeß-O. von 1855 a. 224. 251.
2) Proceß-O. von 1855 a. 236. 237.
3) Prozeß-O. 1855 a. 255 f.
4) Prozeß-O. von 1855 a. 292 f.
5) Prozeß-O. 1855 a. 295. 297.
6) Prozeß-O. 1855 a. 232. Die spanischen Accente bleiben der Einfachheit halber weg.

se dara a los autos el curso correspondiente (a. 541)[1]); vgl. ferner a. 685: dandose por contestada la demanda, seguira el pleito su curso; a. 729: non compareciendo el demandado, se continuara el juicio en su rebeldia sin volver a citarlo. Die Litiskontestation gilt demnach als erfolgt und das Verfahren geht einseitig weiter; es geht einseitig weiter: allerdings kann der Beklagte nachträglich erscheinen und nachträglich in den Prozeß eintreten — doch muß er den Prozeß in der Lage annehmen, wie er sich befindet (a. 766 f.).

Aus dem ältern Rechte aber ist die Bestimmung entnommen, daß, sobald der Beklagte für säumig erklärt ist, sobald er ist declarado en rebeldia, auf Begehren des Klägers ein Vermögensbeschlag gegen ihn ergehen kann, ein Beschlag bezüglich des beweglichen, wie des unbeweglichen Vermögens (a. 762 f.)[2]); der Vermögensbeschlag ist ein Arrestbeschlag geworden zur Sicherung des klägerischen Anspruchs und soweit solches zur Sicherung des Klaganspruchs als nothwendig erscheint (a. 762); tritt der Beklagte später dem Prozesse bei, so kann er die Aufhebung des Vermögensbeschlages nur begehren, wenn er durch vis major, durch fuerza mayor verhindert gewesen ist.

Gegen das Versäumungsurtheil hat der säumige Beklagte unter Umständen Restitution zu erlangen. Ist ihm die Ladung selbst zugestellt worden, so erlangt er nochmalige Verhandlung nur, wenn er nachweist, daß er die ganze Prozeßzeit durch vis major verhindert gewesen ist[3]) (a. 773. 774)[4]); ist sie ihm nicht persönlich zugestellt, so kann er beweisen, daß ihm die Ladung ohne seine Schuld nicht bekannt geworden ist (a. 776, vgl. auch a. 777. 785). Wird in dem Restitutionsverfahren der Restitutionssucher wiederum säumig, dann wird er definitiv abgewiesen (a. 784). Eine Restitution im Executivprozeß und im Possessorium findet nicht statt (a. 789, vgl. mit 1462).[5])

Uebrigens hat der Säumige auch die Rechtsmittel des recurso de apelacion und de casacion, die er dann in der entsprechenden Frist einzulegen hat (a. 771. 772).[6])

1) Vgl. Prozeß-O. 1855 a 252.
2) Prozeß-O. von 1855 a. 1184 f.
3) Exceptuase el caso en que acreditare cumplidamente que, en todo el tiempo trascurrido desde el emplazamiento hasta la citacion para la sentencia que hubiere causado ejecutoria, estuvo impedido de comparecer en el juicio por una fuerza mayor no interrumpida, a. 774.
4) Vgl. Prozeß-O. 1855 a. 1194 f.
5) Ueber das spanische Executivverfahren vergleiche unten S. 126 f.
6) Anders die Prozeß-O. von 1855, welche in a. 1193 bestimmt: Al litigante que haya sido citado o emplazado en su persona, y por su no presentacion en el juicio haya sido declarado en rebeldia, non puede oirse ni admitirse ningun genero de recurso contra la ejecutoria que haya puesto termino al pleito. Ausnahme in a. 1194 f.

Bezüglich der Abwesenheit des Klägers heißt es, was das Verfahren in den juicios verbales betrifft: Si no compareciere el demandante en el dia y hora señalados, se le tendra por desistido de la celebracion del juicio, condenandole en todas las costas y a que indemnice al demandado que hubiere comparecido los perjuicios que le haga ocasionado (a. 728).

Analog ist das Abwesenheitsverfahren in der Appellationsinstanz; erscheint der Appellant nicht, so ist die Appellation desert; erscheint der Appellat nicht, so tritt ein eremodicium ein: seguiran los autos su curso (a. 840. 843).

* * *

Wie die spanische Prozeß=O., so auch die wesentlich der Gesetzgebung des Mutterlandes entnommene Prozeß=O. für die Philippinen vom 3. Februar 1888 (a. 507 f. 523 f. 562 f. 745 f.).

§ 3.

Auch die Argentinische Prozeß=O. von 1880[1]) statuirt im Fall der Kontumaz den Güterbeschlag; a. 437: Desde el momento en que un litigante haya sido declarado en rebeldia, puede decretarse, si la otra parte lo pidiere, el embargo de sus bienes en cuanto sea necesario, para estimar asegurado lo que sea objeto del juicio.

Auch hier hatte man, wie in Spanien, das Verfahren mit asentamiento gekannt — wahlweise neben dem eremodicium[2]), ja manche hatten angenommen, daß der Kontumaze in Haft genommen werden dürfe.[3])

Im übrigen besteht jetzt, wie im spanischen Rechte, neben dem Güterbeschlag das eremodicium; man setzt den Prozeß fort bei Säumniß des Gegners.[4]) Die Kontumaz des Klägers hat Abweisung der Klage zur Folge: el demandado sera absuelto tambien si fuere justo; bei Kontumaz des Beklagten wird die Klage geprüft und wenn sie als richtig erscheint, der Beklagte verurtheilt: declarado en rebeldia el demandado, el actor obtendra lo que pidiere, siendo justo — also eremodicium: einseitige Prüfung des Sachverhaltes (a. 434); dabei kann das Gericht die Sache zum Beweis nehmen oder die sonst

1) Codigos y Leyes usuales de la Republica Argentina (Buenos Ayres 1886). Ueber das frühere Recht vgl. Miguel Esteves Sagui, Tratado elemental de los procedimientos civiles en el foro de Buenos Aires (1850).

2) Sagui p. 175 f.

3) Was Sagui p. 169 f. allerdings bekämpft.

4) Auch Sagui p. 167 bemerkt: Es en este principio que — — — ha tenido que suplir el Legislador con la fuerza de su autoridad la contestacion, y proveer a la renitencia del litigante; vgl auch ib. p. 171.

ihm zustehenden Wahrheitserforschungsmittel anwenden (a. 435) — zum deutlichen Zeichen, daß die Abwesenheit des Beklagten eben lediglich und allein das eremodicium, das einfach-fortschreitende Verfahren eröffnet.

Wie in der spanischen P.O., kann der Beklagte im Kontumazialverfahren nachträglich erscheinen und in den Prozeß eintreten, muß aber dann den Prozeß in dem Stadium übernehmen, in welchem er ist (a. 438); den Güterbeschlag kann er nur zur Aufhebung bringen, wenn er justifique cumplidamente haber incurrido en rebeldia por causas que no haya estado a su alcance vencer (a. 439).

Die accusatio contumaciae kann vor dem Aktuar erfolgen, welcher davon zu den Akten Notiz nimmt (a. 45).

Ist doch das Verfahren wie das spanische geartet: Einreichung der Klage bei Gericht (a. 71), gerichtliche Ladung des Beklagten (a. 76. 77), Litiskontestation in der bestimmten Frist, sofern keine dilatorischen Einreden gebracht werden (a. 98, cf. 83. 95), Beweisverfahren (a. 104 f.), und dabei insbesondere das Verfahren mit Positionen, auf welche bei Vermeidung des Zugeständnisses eidlich zu antworten ist (a. 125 f.); bei Vermeidung des Zugeständnisses a. 127. 133: Si el citado no compareciese a declarar, o si habiendo comparecido rehusase responder o respondiere de una manera evasiva, a pesar del apercibimiento que se le haga, el Juez, al sentenciar, lo tendra por confeso, si el interesado lo pidiere.

Die Rechtsmittel, welche die P.O. kennt, sind der recurso de reposicion, de apelacion und de nulidad; dagegen ist die prozessuale in integrum restitutio aufgehoben, a. 65: queda abolido absolutamente, en materia de procedimientos, el beneficio de restitucion *in integrum*.

Erscheint der Appellant nicht, so wird auf Antrag die Appellation für desert erklärt; erscheint der Appellat nicht, la instancia seguira su curso (a. 242. 243).

II. Das italienische Kontumazialverfahren.[1])

§ 1.

Das Verfahren vor den italienischen Gerichten ist, wie das französische, bald ein formales, bald ein summarisches. Das erstere trägt

1) Von Literatur ist im Folgenden allegirt Magni, Codice di procedura civile del regno d'Italia (Firenze 1880); Mattirolo, Elementi di diritto giudiziario civile Italiano (Torino); Galdi, Codice di procedura civile (Napoli 1870).

Von Zeitschriften: Circolo giuridico (Palermo), insbesondere der Indice von 1870—79; Monitore delle leggi (Genua).

noch den Typus des kanonischen Stylus curialis, das letztere ist von den Ideen der Clementina Saepe durchdrungen.

Bei dem formalen Verfahren, welches bei den tribunali civili, den tribunali di commercio und den corti d'appello als die Norm gilt — im Gegensatz zu dem Verfahren bei den conciliatori und pretori[1]), ist die Prozeßladung, wie im französischen Ordinarprozeß, eine Ladung zum Erscheinen, per comparire; aber dieses Erscheinen ist nicht mehr ein persönliches Erscheinen vor dem besetzten Gerichte, — das Erscheinen ist ein Erscheinen in der Gerichtskanzlei und ein Erscheinen zur Vorlegung gewisser schriftlicher Akte: der klägerische Vertreter hat seine Vollmacht vorzulegen und ebenso der Vertreter des Beklagten, verbunden mit der Angabe des Aufenthaltsortes oder der Wahl eines Domizils, a. 158 und 159 C. di proc.; und da es sich hier nur um Vorlegung handelt, so ist das gleichzeitige Erscheinen der beiden Vertreter überflüssig. Deshalb eröffnet die Ladung keinen Termin in unserem Sinne, sondern eine Frist, genannt termine per comparire, eine Frist, die verschieden ist je nach der Art der Gerichte und je nachdem Jemand vor ein Gericht in der Nähe oder in der Ferne gerufen wird. Die „Erscheinungsfrist" bezüglich der außerhalb Italiens Wohnenden ist 40, 90, 180 Tage, je nachdem die Ladung in einem benachbarten Staate, in einem andern Staate Europas oder außerhalb Europas geschieht, a. 147 f. 150.[2])

Auf dieses eine Erscheinen folgt nunmehr verschiedenes weitere Erscheinen, comparse; aber auch dieses Erscheinen ist vereinfacht; die procuratori stellen sich gegenseitig ihre Erklärungen zu: der procuratore des Beklagten die Responsion, der des Klägers die Replik, der des Beklagten die Duplik, alles innerhalb kurzer Fristen, welche vom Präsidenten noch verkürzt werden können, a. 162 f. 172 C. di proc.[3])

Jetzt tritt die Sache in ein neues Stadium ein: sie wird auf Anstoß eines der beiden Theile in die Beförderungsrolle, in den ruolo di spedizione eingetragen[4]). Diese Beförderungsrolle ist das nothwendige Zwischenstadium, um zur Verhandlung zu kommen: auch wenn in der Sache eine sentenza interlocutoria ergangen ist, muß die Sache von Neuem in die Rolle eingeschrieben werden.[5])

1) C. di proced. a. 155. 158. 393. 415. 448.

2) Dieses Erscheinen des Beklagten durch Auftreten seines procurator entspricht dem früheren italienischen Proceßrecht; vgl. Cod. Albert. a. 144, Parma a. 194; bei Galdi p. 184. 185.

3) Mattirolo III, p. 225 f. Diese Schriftsätze erfolgen ähnlich, wie im früheren italienischen Recht, Albert a. 151, Parma a. 195; etwas eigenartig Este a. 233 f.

4) Mattirolo III, p. 230 f.

5) Regolamento (zum C. di proced.) a. 217.

Der Eintrag in die Rolle ist noch nicht sofort ein definitiver: der Schriftwechsel kann unter bestimmten Umständen erneuert werden[1]); ist er aber definitiv, so schreiten die procuratori nun zu zwei Akten, welche der Litiskontestation des kanonischen Prozesses entsprechen: die procuratori machen die comparsa conclusionale: der eine stellt dem andern einen Schriftsatz zu, in welchem sie ihre Konklusionen und die Motive derselben vereinigen; und daraufhin legen sie in der Gerichtsschreiberei die Akten nieder, welche erwachsen sind aus der Ladung und aus den verschiedenen comparse — worauf der Vorsitzende, welchem die Akten vorgelegt werden, bestimmt, ob darüber durch einen Referenten oder durch die Anwälte Bericht erstattet werden soll.[2]) Hierauf kommt die Sache aus der Beförderungsrolle in die Sitzungsliste; diese Sitzungsliste wird im Sitzungssaale angeschlagen und die uscieri haben den procuratori von der Anberaumung Mittheilung zu machen, a. 173 f. 177. 179 C. di proced. und Regolamento a. 215 f. 244.

Nun wird die Sache in dem Audienztermin zum Aufruf gebracht; hier wird entweder von einem Referenten oder von dem Vertreter des Klägers Bericht erstattet, hierauf haben beide Theile die Konklusionen zu lesen und die Gründe zu entwickeln, a. 348 f., Regolamento a. 255.

Nach der Verhandlung soll die Sache berathen werden, aber die Fassung des Urtheils kann vertagt werden auf einen folgenden Termin.[3]) Das Urtheil wird, nachdem es von den Richtern unterzeichnet ist, durch den cancelliere verkündet (a. 356 f. 366).[4])

Soweit die äußere Kontextur des Verfahrens; noch ist der Aufbau des kanonischen Prozesses mit seinen Substantialterminen, seiner

1) Und dies ist deshalb von Wichtigkeit, weil die im Schriftwechsel niedergelegten Thatsachen und Beweise für die mündliche Verhandlung exclusiv sind: es dürfen keine neuen beigebracht werden; ausgenommen die Eidesdelation, a. 175, Mattirolo III, p. 237 f.

2) Ursprünglich hatte man stets Referatserstattung geplant; da diese Bestimmung aber lebhafte Opposition fand, so hat man den Mittelweg eingeschlagen und die Frage der Beurtheilung des Vorsitzenden überlassen; Mattirolo III, p. 244 f.

3) Ursprünglich wollte man, daß die Urtheilsfassung nicht über den vierten Sitzungstermin hinaus vertagt werden dürfe; aber diese Bestimmung wurde nicht ins Gesetz aufgenommen, so daß jetzt keine fixe Grenze besteht, Mattirolo IV, p. 30 f. Das Ministerium hat indessen Circularerlasse in Betreff dieses Punktes gegeben.

4) Die Unterzeichnung durch sämmtliche Richter hat zu erfolgen bei Nichtigkeit, C. di proc. a. 360 Z. 9, 361 Z. 2. Ist jedoch ein Richter inzwischen gestorben, so genügt die Bestätigung seines Todes; Cassationshof Florenz 23. Juli 1888, Monitore delle leggi IV (1888), p. 330 f.

Dagegen ist die Verkündung durch den cancelliere nur eine Formalität. Es ist nicht nöthig, daß die nämlichen Richter anwesend sind, welche das Urtheil gegeben haben, a. 366, Mattirolo III, p. 482. IV, p. 86. Die Verkündung hat daher einen anderen Charakter, als im deutschen Recht; das Urtheil ist bereits mit der Unterschrift der Richter unabänderlich, Mattirolo IV, p. 86.



Litiskontestation, mit seinen Positionen und Responsionen erkenntlich. Modificirt ist das Verfahren vor den Handelsgerichten, auch das formale Verfahren — mit Rücksicht auf die Beschleunigung und mit Rücksicht darauf, daß vor den Handelsgerichten die Vertretung durch procuratori keine obligate ist, a. 393 f., cf. 156 C. di proced.

§ 2.

Nicht zu verwundern ist, daß auch das Kontumazialverfahren noch die Reminiscenzen des kanonischen Verfahrens an sich trägt. Eine contumacia im ordentlichen Verfahren liegt vor, wenn lis nicht contestirt wird; die Litiskontestation aber setzt bei den tribunali civili die Ernennung von procuratori[1]) voraus, weil nur durch den procuratore die Litiskontestation geschehen kann. Daher tritt das Kontumazialverfahren ein, wenn innerhalb des erwähnten Komparenztermins der procuratore des Klägers seine Vollmacht nicht vorgelegt hat oder wenn für den Beklagten innerhalb dieses Termins kein procuratore erschienen ist, d. h. die entsprechende gerichtliche Vorlage gemacht hat.

Noch mehr, die contumacia tritt nur in diesem Falle ein; sind also beide Theile in der Erscheinungsfrist in der entsprechenden Weise „erschienen", so wird nach den Regeln des kontradiktorischen Verfahrens prozessirt, wenn auch der eine oder andere Theil später ausbleiben sollte[2]), m. a. W.: an Stelle der Nothwendigkeit der Litiskontestation tritt die Nothwendigkeit des „Erscheinens": das letztere ist die Voraussetzung des kontradiktorischen Verfahrens: in Ermangelung des letzteren, und nur in Ermangelung des letzteren wird das Verfahren zum Kontumazialverfahren.[3])

Das Kontumazialverfahren hat nun auch durchaus nicht die Schärfe des jetzigen deutschen Verfahrens; es ist ein eremodicium[4]),

1) Der italienische procuratore entspricht dem französischen avoué, der italienische avvocato dem französischen avocat. Der procuratore hat die qualità di ufficiale ministeriale, der avvocato dagegen die Eigenschaft eines giureconsulto che consulta, dirige e discute. So die Relazione des Justiz- und Kultusministers vom 25. Juni 1865 bei Magni I, p. XXVIII.

2) Vgl. a. 351: Quando le parti non siano comparse tutte all'udienza, le presenti possono fare istanza per la spedizione della causa. Vgl. auch Cassationshof Neapel 22. Juni 1874 bei Magni I, p. 604; auch Cassationshof Rom 5. Sept. 1876, ib. I, p. 613; Mattirolo III, p. 464 f.

3) Dies gilt auch in der Appellationsinstanz, worüber unten S. 19 f. In dem hierhergehörigen Urtheile des Cassationshofs Palermo vom 3. April 1888 (Monitore delle leggi IV. 1888, p. 356) ist es als Grundsatz des italienischen Rechts ausgesprochen, che il magistrato debba sempre esaminare le ragioni che possono assistere le parti, malgrado che qualcuna di esse, dopo aver proposta la lite, non si presenti alla orale discussione.

4) Man nimmt an, daß die Kontumaz des Beklagten nicht in der Art ausgelegt werden darf, daß derselbe den Anträgen des Gegners ohne Weiteres stattgebe;

es ist kein Verfahren, welches alles künftige abschneidet und die weitere Instruction überflüssig macht. Und wenn auch der a. 384 C. di proc. sagt: La sentenza, che dichiara la contumacia, pronunzia sulle conclusioni della parte istante, so ist dies nicht etwa so gemeint, als ob nunmehr auch in Gemäßheit der Conclusionen der erschienenen Partei zu urtheilen wäre. Man vergleiche darüber die bei Magni I, p. 614. 615 allegirten Entscheidungen. Der Cassationshof Florenz 3. Aug. 1875, sagt ausdrücklich, daß se l'attore non prova, il convenuto deve essere assoluto (Magni I, p. 615)[1]; m. a. W.: das Verfahren wird eben einseitig fortgesetzt und zu Ende geführt, wobei der Kläger seine Beweise zu bringen hat und nach diesen Beweisen zu urtheilen ist.[2]) Und zwar wird das Verfahren fortgesetzt auf Grund der ursprünglichen Konklusionen des Klägers, ohne daß dieser sie zu ändern vermöchte; denn das Kontumazialverfahren darf nur erfolgen mit Rücksicht auf die Anträge, welche dem Beklagten in der Ladung mitgetheilt sind.[3])

Dazu kommt, daß der volle Ausschluß des contumax nicht schon mit dem Momente eintritt, in welchem er für contumax erklärt wird, sondern erst mit der sentenza definitiva[4]), und hier ist es noch streitig, ob die perfecte schriftliche Abfassung des Urtheiles mit Unterschrift der Richter maßgebend ist, oder erst die darauf folgende Verkündung; doch neigt man sich überwiegend der ersteren Anschauung zu.[5]) Allerdings tritt, im Fall des nachträglichen Erscheinens, der Beklagte in die Sache nur ein in dem Stadium, in dem sie sich befindet.[6])

Die declaratio contumaciae, die dichiarazione di contumazia erfolgt in einem Urtheil im Audienztermin, und um ein solches zu erlangen, muß der betreibende Theil die Sache in die Beförderungs-

---

sondern il fatto di chi si astiene dal comparire in giudizio si può pure interpretare come l'effetto della volontà del contumace di rimettersi alla saviezza e alla giustizia dell' autorità giudicante; so Mattirolo III, p. 473.

1) So ständige Praxis. Nachweise bei Mattirolo III, p. 494. Dieses geht auch aus a. 385. 386 ganz sicher hervor. Hier ist von den atti d'istruzione die Rede und unter anderem wird von dem contumax gesprochen, welcher nachträglich, nach dem Termine erscheint, in welchem der Zeugenbeweis anzufechten wäre. Vgl. auch Gruchot Beitr. XXXI S. 2.

2) Vgl. auch Mattirolo III, p. 471.

3) So a. 387 C. di proc., Mattirolo III, p. 484 f.

4) C. di proced., a. 386: Non ostante la dichiarazione di contumacia, e sino alla sentenza definitiva (360), il contumace può comparire e proporre le sue ragioni; ma avranno effetto le altre sentenze già pronunciate nel giudizio, contro le quali non fossero più ammessibili i mezzi accordati dalla legge per impugnarle. Vgl. auch Regolamento a. 232.

5) Magni I, p. 620 f; Appellhof Palermo 19. Mai 1888, Circolo giuridico XIX. p. 261. Vgl. auch Appellhof Palermo 12. Decbr. 1887, ib. XIX, p. 64; Mattirolo III, p. 481 f., wo auch weitere Entscheidungen.

6) Vgl. den eben allegirten a. 386 C. di proc. und dazu Mattirolo III, p. 480.

rolle für Kontumazsachen eintragen lassen. Dieses Eintragsbegehren muß innerhalb 60 Tagen gestellt werden, gerechnet vom Ablauf der Erscheinungsfrist, C. di proc., a. 383[1]) — denn allzulange soll der andere Theil nicht in Schwebe gehalten werden. Auf Grund dieser Kontumazerklärung erfolgt nun das Kontumazialverfahren, d. h. das Verfahren mit einseitigem Fortschreiten und einseitiger Erledigung des Prozesses und die eben erwähnte sentenza definitiva.

Die Voraussetzungen des Kontumazialverfahrens, namentlich die Frage der contumacia, hat das Gericht von Amtswegen zu prüfen.[2])

Wir haben die ganze Zeit von der Kontumaz des Beklagten gesprochen. Die Kontumaz des Klägers ist sehr elastisch behandelt. Die Frage, ob absolutio ab instantia oder Anspruchsabweisung wird nicht einheitlich beantwortet; vielmehr wird es dem Ermessen des Gerichts überlassen, auf das eine oder das andere zu erkennen, C. di proc. a. 381[3]); dementsprechend wird das Gericht die Anspruchsabweisung nur dann vornehmen, wenn es zur Ueberzeugung gelangt, daß die Klage sachlich nicht begründet ist.[4])

§ 3.

Eine Modifikation erleiden die Grundsätze im summarischen Verfahren; und hier ist auch die Kontumaz viel gefährlicher: hier bestehen nicht diese verschiedenen einleitenden Substanzialfristen, wie im Ordinarverfahren; und dies bewirkt, daß dem contumax keine so reiche Möglichkeit zu Gebote steht, die contumacia wieder gut zu machen — vergleiche unten S. 17.

Das summarische Verfahren verfolgt die Grundsätze der Clementina Saepe: keine Substantialtermine, keine besondere Litiskontestation[5]): sofort wird der Erledigung der Sache zugesteuert und daher ähnelt dieses Verfahren dem unsrigen am meisten. Die Ladung im Summarverfahren ist eine citazione per comparire a udienza fissa, C. di proc.

1) Mattirolo III, p. 466 f. Vgl. Appelhof Palermo 20. Septbr. 1872, Circolo giuridico, Indice 1870—79, p. 318, Nr. 15. So auch schon der Cod. Albert. a. 232 f. bei Galdi p. 359.

2) Vgl. C. di proc. a. 192; cf. a. 145; Mattirolo III, p. 489 f.

3) — — il convenuto può far dichiarare la contumacia dell' attore, al fine di ottenere l'assolutoria dal giudizio o dalle domande dell' attore. Aehnlich schon der Cod. Albert. a. 231; nach dem Parmenser Civilprozeß a. 503 hatte die Säumniß zur Folge, daß il reo viene assoluto dall' azione proposta; bei Galdi p. 356.

4) Vgl. insbesondere Appellhof Catania 10. August 1875 bei Magni I, p. 607; Mattirolo III, p. 497 f.

5) Entsprechend sagt auch der Appellhof Lucca 5. August 1871, daß das ganze Verfahren si svolge all' udienza, alla quale soltanto si pone in essere il quasi contratto giudiziale della contestazione della lite sulle conclusioni finali delle parti (Magni I, p. 623 f.).

a. 155.[1]) Allerdings muß auch hier die Sache vor dem Audienztermine in die Rolle eingetragen werden, allein diese Eintragung ist eine reine Formalität und kann selbst am Tage der Sitzung nachgeholt werden.[2]) In dem Audienztermin sind die entsprechenden Stücke vorzulegen; die Vollmachten, wie die comparse conclusionali, C. di proc. a. 390. Daher ist auch das Ausbleiben im Audienztermin das allein Entscheidende für die Kontumaz; entsprechend bestimmt das Regolamento in a. 230 für die Kontumaz Folgendes[3]): Trascorsa un' ora dall' apertura dell' udienza l'usciere chiama se vi sia chi rappresenti la parte non comparsa; non essendovi chi risponde alla chiamata il tribunale dà atto alla parte comparente della contumacia della parte contraria — —. Also eine Stunde wird gewartet, dann wird der säumige Theil kontumazirt — ein Verfahren, wie es auch in einzelnen Theilen Deutschlands üblich gewesen ist, z. B. nach der ehemaligen Badischen Civilprozeßordnung § 191. Dies ist auch eine sehr zweckmäßige Bestimmung; sie giebt auf der einen Seite ein entsprechendes laxamentum temporis, während sie auf der anderen Seite bestimmt und sicher ist und Zweifel abschneidet.

Aehnliches gilt in dem Verfahren vor den pretori, welches stets summarisch ist; auch hier besagt a. 195 des Regolamento[4]) (cf. C. di proc. a. 440), daß erst nach einer Stunde dall' apertura dell' udienza o dall' ora indicata nell' atto di citazione kontumazirt werden darf.

Hier findet sich denn auch eine Bestimmung, welche dem § 302 der deutschen C.P.O. analog ist; der a. 442 des C. di proc. besagt nämlich: Quando una delle parti per forza maggiore e notoria sia impedita di comparire al giorno indicato nella citazione, o quando all' udienza il pretore sia in qualunque modo informato che il convenuto non abbia potuto avere notizia della citazione, ne ordina una nuova per altro giorno. Il processo verbale di udienza ne esprime il motivo. Damit soll (wie im § 302 der C.P.O.) für Fälle Vorkehrung getroffen werden, in welchen der Beklagte durch höhere Gewalt am Erscheinen gehindert ist; oder auch, sofern der Beklagte, der Ladung unerachtet, von dem Termine keine Kunde erhalten hat.

§ 4.

Bei diesem Sachverhalte treten die Bestimmungen des italienischen Rechts über die Opposition (Einspruch) in ihr richtiges Licht. Das

1) Mattirolo III, p. 265. 292.
2) Entscheidungen bei Magni I, p. 628.
3) Auch bei Magni I, p. 627.
4) Auch bei Magni I, p. 663.

italienische Recht läßt sich weniger dadurch beunruhigen, daß etwa der Geladene die Ladung vergißt oder am Erscheinen verhindert ist; es wird vor allem durch den Gedanken getragen, daß etwa der Geladene von der Ladung keine Kenntniß erlangt hat, daß er daher, ohne von dem Prozesse zu wissen, kontumazirt wird. Dieses ist allerdings eine beträchtliche Gefahr, eine Gefahr, gegen welche der französische Gesetzgeber die verschiedensten Schutzwehren zu errichten bestrebt war; (unten S. 26 f.) und diese Gefahr wird um so größer, wenn nun etwa auch das Kontumazurtheil in der Weise zugestellt wird, daß der Beklagte nichts davon erfährt. Man denke sich nur einen ungetreuen Dienstboten, welchem die Ladungen eingehändigt werden; auf solche Weise kann Jemand in ein paar Wochen um Hab und Gut kommen — die Fristen laufen ab, und der Schaden ist geschehen; der Kläger wartet absichtlich so lange, bis der Beklagte nichts mehr dagegen thun kann — und der Beklagte ist ruinirt.

Diese Umstände, welche auch in Deutschland insbesondere in § 661 Z. 4 und in § 211 ihre Würdigung erfahren haben, sind nun in der italienischen P.O. zur ganz besondern Geltung gelangt — noch mehr, diese Rücksicht ist die einzige, welche überhaupt das Oppositionsrecht im italienischen Kontumazialverfahren beherrscht.[1]) Daher ist keine Opposition zulässig, wenn der Kläger ausbleibt, denn der Kläger hat ja die Fristen und Termine gekannt; die Opposition wird nur dem Beklagten gegeben, und auch hier ist sie ausgeschlossen, wenn der Beklagte ist citato in persona propria[2]), wenn ihm also die Ladung persönlich überreicht ist; nur der convenuto non citato in persona propria[3]) hat die Opposition, C. di proc. a. 474.[4]) Noch mehr, auch der nicht in persona propria geladene Beklagte entbehrt der Oppo-

1) Vgl. die Urtheile von Neapel, Venedig und Rom bei Magni II, p. 30.

2) Diese ganze Bestimmung ist eine Neuerung des Codice di procedura; frühere Rechte folgten dem französischen System, wornach beiden Theilen, und ohne Unterschied die Opposition gegen Versäumungsurtheile zusteht und nur das zweite Versäumungsurtheil der Opposition entzogen ist; so Cod. Albert. a. 240, Parma a. 576: L'opposizione è accordata contro qualunque sentenza profferita in contumacia, salvo i casi in cui espressamente lo vieti; bei Galdi p. 410.

3) Die Citazione in persona propria will sagen: Die Ladung muß sein notificata in persona propria. Es genügt nicht, daß die Ladung auf die Person des Beklagten selbst (nicht eines Vertreters) gestellt ist; die Ladung muß durch Einhändigung der betreffenden Schriftkopie an den Beklagten selbst erfolgen, nicht durch Uebergabe derselben an einen Hausgenossen u. s. w. Denn nur so hat man die sichere Garantie, daß er davon Kunde erlangt. Vgl. darüber Mattirolo IV, p. 275 f. Nr. 279.

4) Vorausgesetzt ist, daß die Ladung in persona propria eine gültige war, insbesondere, daß der Geladene die juristische Kapazität hat, die Ladung entgegenzunehmen. Im übrigen gilt der Satz auch für Ladungen, die im Auslande erfolgen. Vgl. die Entscheidungen bei Magni II, p. 32.

sition, wenn die Ladung ein citatio repetita war: der Kläger kann nämlich, wenn die Ladung dem Beklagten nicht in Person zugestellt worden ist, die Ladung wiederholen; die wiederholte (mit besonderer Androhung verbundene) Ladung, auch wenn nicht in Person zugestellt, steht der persönlichen Ladung gleich: l'attore può — — — fargli notificare un nuovo atto di citazione, con dichiarazione che, non comparendo, la causa sarà proseguita in sua contumacia, C. di proc. a. 382; in diesem Falle giebt es keine Opposition: l'opposizione non è ammessa se la citazione sia stata rinnovata a norma dell' art. 382; so C. di proc. a. 474.[1]) Denn sollte der Beklagte trotz dieser zweimaligen Ladung von der Sache keine Kenntniß erlangt haben? Solches wird selten sein; ganz ausgeschlossen ist es allerdings nicht.

Ist aber die Opposition zulässig, weil der Beklagte nicht persönlich oder nicht doppelt geladen worden ist; ist sie zulässig in der Unterstellung, daß er vielleicht von dieser Ladung keine Kenntniß gehabt hat, so muß noch die weitere Schwierigkeit berücksichtigt werden, daß der Beklagte vielleicht auch von dem Kontumazialurtheile trotz seiner Zustellung keine Kenntniß erhält. Hier würde ihm die Opposition nichts fruchten, denn die Oppositionsfrist würde in seiner Unkenntniß resultatlos verstreichen, und es wäre faktisch, als ob dem Beklagten keine Opposition zugestanden wäre. Daher hat man in Italien, wie in Frankreich, den Gedanken verwirklicht, daß man noch eine Opposition im Vollstreckungsverfahren zuläßt, indem man annimmt, daß jedenfalls die Vollstreckung die Sache zur Kenntniß des Beklagten bringen wird: kommt der Executor, so wird dem Beklagten die Sache mit ihrem schweren Ernste sofort klar werden. Doch giebt das italienische Recht dieses äußerste Mittel nicht in allen Fällen; ist es doch kein Bedürfniß, wenn das Versäumungsurtheil zur Kenntniß des Beklagten gelangt ist; denn hatte er auch seither von der Prozeßsache keine Kenntniß durch die Ladung, so muß er jetzt durch das Urtheil von der Sache erfahren. Daher wird zunächst, wie im französischen Rechte, dafür gesorgt, daß die Urtheilszustellung keiner Gefahr der Kollusion zwischen Kläger und usciere unterliegt: die Kontumazialurtheile werden durch einen usciere zugestellt, destinato dall' autorità che li pronunziò o che sarà all' uopo richiesta: das Gericht, nicht der Kläger, bestimmt den Gerichtsvollzieher, welcher das Kon=

1) Vgl. auch Appellhof Cagliari 22. Oktober 1867 bei Magni II, p. 31. Vorausgesetzt ist natürlich, daß die wiederholte Ladung in gültiger Form erfolgt ist, Appellhof Neapel 27. Mai 1870 ib. II, p. 31.

tumazialurtheil zustellen soll, C. di proc. a. 385 — eine anderweitige Zustellung würde nicht genügen, sie wäre nichtig.[1]) Vgl. unten S. 27.

Und sollte nun trotzdem die Zustellung des Versäumungsurtheils nicht durch persönliche Aushändigung an den Beklagten geschehen sein[2]), dann ist es gestattet, noch im Executionsverfahren mit der Opposition hervorzutreten. Die Opposition muß aber in dem ersten Stadium der Execution erfolgen[3]), und zwar, wenn der Beklagte anwesend ist, sofort: sie muß dann im Executionsprotokoll vermerkt werden; aber diese Oppositionserklärung ist eine provisorische: in 10 Tagen (bezw. in den Sachen vor pretore oder conciliatore in 5 Tagen) muß eine förmliche Opposition nachfolgen. Wäre etwa der Beklagte bei der Opposition nicht anwesend, so würde eine förmliche Oppositionseinlegung in den gedachten 10 oder 5 Tagen genügen; C. di proc. a. 477.

Die Bestimmung des französischen Rechts, daß das Versäumungsurtheil erlischt, wenn nicht innerhalb 6 Monaten ein Vollstreckungsakt vorgenommen wird (unten S. 28), fand sich zwar im Neapolitanischen Prozeßgesetze[4]); in die italienische P.O. ist sie nicht übergegangen.

§ 5.

Betrachten wir das Oppositionsrecht des italienischen Kontumazialverfahrens im Lichte der gesammten Prozeßentwickelung, so werden wir sagen müssen, daß für das Ordinarverfahren ziemlich genügend gesorgt ist; da ja auf Grund der Kontumaz nicht sofort das Endurtheil ergeht, sondern erst weitere Schritte geschehen müssen, um die Sache zur weiteren Schlußentwicklung zu bringen. Ist daher ein Theil aus Vergeßlichkeit oder in Folge faktischer Hindernisse säumig gewesen, so ist

1) So Appellhof Florenz 20. März 1869, Neapel 23. Decbr. 1870, bei Magni I, p. 618. Wenn es in a. 385 heißt, daß die Zustellung personalmente erfolgen soll, so will dies nicht heißen in propria persona, sondern es will heißen: Zustellung durch Uebergabe des Schriftstückes: im Gegensatz zur Zustellung durch Anschlag an die Gerichtstafel, wie dies aus dem sofort zu besprechenden a. 477 klar hervorgeht. Vgl. auch Mattirolo III, p. 475 f.

2) Der italienische Gesetzgeber will die Erörterung, ob die Ladung zur Kenntniß des Geladenen gekommen ist, abschneiden; er stellt daher einfach die Alternative auf: ob die Zustellung in persona propria gemacht worden ist, in welchem Falle sich die Kenntniß von selbst ergiebt, oder nicht. Vgl. auch die Entsch. des Appellhofes Lucca bei Magni II, p. 34.

3) Welches ist das erste Stadium der Vollstreckung? Der a. 569 C. di proced. besagt: L'esecuzione s'intende cominciata, riguardo ai mobili col pignoramento, e riguardo agli immobili con la notificazione del precetto. Diese Bestimmung gilt analog auch hier. So Mattirolo IV, p. 288 Nr. 290 und die daselbst cit. Autoren. Der Sicherheitsarrest gilt nicht als Executionsmaßregel; vgl. Appellhof Lucca bei Magni II, p 34.

4) Vgl. Entsch. des Cassationshofs Palermo 26. Juni 1875 und 15. Juni 1877 im Circolo giuridico, Indice 1870—79, p. 317 f. Nr. 3 und 4 und Nr. 10 und 11.

immer noch Zeit genug, in das Verfahren einzutreten, und ein solcher Eintritt bleibt ja bis zum Endurtheil vorbehalten. Dazu kommt, daß die Folgen der Kontumaz keine so durchgreifende sind, wie bei uns.[1])

Schlimmer steht die Sache bei dem abgekürzten Verfahren, in welchem die Kontumaz im Verhandlungstermine hervorbricht; obgleich auch hier die Gefahr dadurch etwas gemildert wird, daß die Sentenz erst nachträglich errichtet wird und bis zur Unterzeichnung der Sentenz die Kontumaz geheilt werden kann.[2]) Immerhin ist es ein nicht unbedenkliches System, wenn die Opposition dem Kläger völlig und dem Beklagten im Falle der persönlichen Zustellung abgeschnitten ist — noch mehr, daß sie ihm abgeschnitten ist nach doppelter Ladung; namentlich gilt dies beim Verfahren vor den pretori, und der citirte a. 442 C. di proc. bietet hiergegen keine genügende Abhülfe.

Eine wichtige Abhülfe liegt allerdings in der Möglichkeit der Appellation, da, wie unten (S. 20) auszuführen, der säumige Theil auch die Appellation einlegen kann — und hier kann er innerhalb der Schranken des Appellationsverfahrens bis zur Endsentenz das Versäumte nachholen, so wie er es in erster Instanz nachholen könnte. Dies hilft allerdings nicht im Fall der Säumniß in zweiter Instanz.

§ 6.

Von der ausnahmsweisen Einlegung der Opposition im Vollstreckungsverfahren ist bereits (S. 15 f.) gehandelt worden. Abgesehen davon ist die Opposition in einer Frist einzulegen, welche der Comparitionsfrist nachgebildet ist; diese ist verschieden für die Conciliatoren- und Prätorengerichte, verschieden für die Civil- und Handelstribunale, und hier wieder ist sie nach den Entfernungen abgestuft, C. di proc. a. 147, 148 f. Diese Fristen laufen von der Zustellung der Kontumazialsentenz an; die maßgebenden Entfernungen sind natürlich die Entfernungen zwischen dem Zustellungsorte und dem Gerichtsorte, C. di proc. a. 476.

Um die Einlegung der Opposition zu erleichtern, ist für das Verfahren vor den Handelsgerichten, mit Rücksicht auf die dem Handel förderliche Promptheit und Präcision, folgende Bestimmung gegeben: wer dem Andern ein Kontumazialurtheil zustellen läßt, muß, wenn er in der Gemeinde, wo die Zustellung erfolgt, kein Domizil hat, in derselben ein solches creiren; und hat er ein solches in der Gemeinde, so muß er das Haus angeben, in welchem er domicilirt ist; C. di proc. a.

1) Vgl. auch den Bericht von **Pisanelli** bei **Mattirolo** IV, p. 274 Note 1.
2) Vgl. **Regolam.** a. 232.

408[1]), bei Strafe der Nichtigkeit.[2]) La diposizione — —, sagt der Cassationshof Turin 17. Mai 1888, che forma un diritto singolare per le notificazioni delle sentenze contumaciali in materia di commercio, venne dettata per speciali riguardi dovuti a cotesto importante elemento della vita sociale, la cui virtù ed influenza sulla pubblica e privata economia dipende in gran parte dalla prontezza e sollecitudine della sua esplicazione, sia nelle contrattazioni, sia nelle loro esecuzione o volontaria o giudiziale. E per raggiungere questo scopo, volle il legislatore che colui il quale si trovasse gravato da una sentenza avesse pronti senza bisogno di lunghe indagini i remedi da ripararvi e trovasse nel luogo stesso del suo domicilio il modo di esperirli immediatamente — —.[3])

Die Einlegung der Opposition erfolgt durch Ladung des Klägers; die Ladung muß die motivi der Einlassungserklärung des Beklagten enthalten, C. di proc. a. 478; ob das Fehlen der motivi einen Nichtigkeitsgrund bildet, ist bestritten.[4])

Bleibt der Oppositionseinleger im Termine aus, so wird die Opposition verworfen, C. di proc. a. 480. Daß hiergegen nicht wiederum eine Opposition statthaft ist, brauchte in der italienischen P.O. nicht besonders gesagt zu werden: denn der Oppositionskläger als der ladende Theil hat ja schon nach den allgemeinen Prinzipien des italienischen Rechts keine Opposition, er hat sie ebenso wenig wie der Kläger sie bei der Klage hätte[5]); er hat sie nicht, da er ja von dem Termin sichere Kunde hat — während hier umgekehrt der durch den Oppositionseinleger Geladene in der Beklagtenrolle ist und die Vortheile der Beklagtenrolle genießt, also auch das eventuelle Recht der Opposition.[6])

Uebrigens wird von dem Gesagten eine Ausnahme statuirt. Wenn nämlich die Ladung des Beklagten von Anfang an eine nichtige war, so kann der Oppositionseinleger bei der Opposition diese Nichtigkeit geltend machen; er muß es allerdings sofort thun, er muß es thun prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro, C. di

1) Vgl. dazu Cassationshof Florenz 20. Januar 1873 bei Magni I, p. 643 f. Die Bestimmung ist dem französischen C. de proc. a. 435 entlehnt, über welchen unten S. 34.

2) Cassationshof Turin 17. Mai 1888, Monitore delle leggi IV (1888), p. 378 f.

3) Monitore delle leggi IV (1888), p. 378 f.

4) Mattirolo IV, p. 290 f. nr. 291 f. Uebrigens kann eine nichtige Opposition während der gesetzlichen Frist gültig erneuert werden, vgl. C. di proc. a. 58. Vgl. dazu auch die Entsch. des Appellationshofes Lucca bei Magni II, p. 35. Bezüglich des französischen Rechts s. unten S. 34.

5) Vgl. auch Mattirolo IV, p. 297 nr. 299.

6) Das Analoge gilt im Appellationsverfahren, wovon sofort (S. 19 f.) die Rede sein wird.

proc. a. 190 — also entsprechend dem Gedanken, welcher im § 267 der deutschen P.O. verwirklicht ist. Macht er nun diese Nichtigkeit geltend, so wird nach italienischem Rechte angenommen, daß die Opposition die Bedeutung eines Nullifikationsmittels hat, und daß auf Grund derselben einfach das Kontumazialurtheil für nichtig erklärt wird — für nichtig, weil ihm keine rite Ladung vorhergegangen ist. Es wird daher lediglich das, was seither geschehen ist, hinweggelegt, und die Klage muß neu erhoben werden[1]): jetzt kann natürlich die frühere Opposition in der Reihe der möglichen Oppositionen nicht mehr in Anschlag gebracht werden. Es verhält sich also ähnlich, wie wenn bei uns gegen ein solches Versäumungsurtheil die Nichtigkeitsklage erhoben worden wäre, auf Grund dessen, daß der Beklagte nicht rite geladen und daher nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war (§ 542 Z. 4) — ein Verfahren, welches meines Erachtens unbedingt zulässig ist.[2])

Fraglich ist es aber, ob das die Opposition wegen Nichterscheinens abweisende Urtheil überhaupt den Charakter eines Kontumazialurtheiles hat. Die Frage ist insbesondere von Wichtigkeit wegen der weiteren Frage, ob der Oppositionseinleger, welcher im Oppositionstermine nicht erschienen ist, nicht nachträglich erscheinen darf, so lange die Sache noch nicht zum definitiven Urtheile gelangt ist (C. di proc. a. 386). Der Cassationshof Neapel 12. Decbr. 1867 hat letzteres verneint[3]); wie ich glaube, nicht mit Recht.

§ 7.

Die Grundsätze für das Kontumazialverfahren gelten auch in der zweiten Instanz.[4]) Dagegen unterliegen die Urtheile eines Cassationshofs der Opposition nicht, C. di proc. a. 549: Le sentenze della corte di cassazione non sono soggette nè a opposizione, nè a rivocazione.

Uebrigens ist im Appellationsprozeß der Appellant in der Stellung

1) Mattirolo IV, p. 297 f nr. 300 und die hier citirten Autoren.

2) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 52, wo auch die meines Erachtens unrichtige Entscheidung des Reichsgerichts allegirt ist.

3) Bei Magni II, p. 35.

4) Vgl. Mattirolo IV, p. 271 und die hier citirten; Magni II, p. 30. Es ergiebt sich dies auch ganz sicher aus C. di proc. a. 517, 518, wo von dem Cassationsrecurse gegen eine sentenza contumaciale die Rede ist; denn der Cassationsrecurs ist nur gestattet gegen eine sentenza pronunciata in grado d'appello, C. di proc. a. 517. Vgl. Cassationshof Neapel 25. Novbr. 1873 bei Magni II, p. 177, § VIII nr. 2. Es ist allerdings nicht unbestritten, ob nicht solche Urtheile, welche in erster Instanz erlassen, aber aus besondern Gründen inappellabel sind, den Appellationsurtheilen gleichstehen, sofern sie als Urtheile erster und zweiter Instanz zugleich betrachtet werden können; vgl. darüber Mattirolo IV, p. 641 f.

des Klägers, der Appellat in der des Beklagten; so insbesondere auch für das Kontumazialverfahren; denn der Appellant ist es, welcher ladet, der Appellat ist der Geladene: der Appellat ist es daher, welcher die Opposition hat, der Appellant nicht, und mag er auch ab initio der Beklagte sein.[1]) Bezüglich der Kontumaz des Appellanten gelten besonders strenge Grundsätze; wenn derselbe nicht innerhalb der Comparitionsfrist die nöthigen Aktenstücke vorlegt oder im Summarververfahren nicht in dem ersten Audienztermin erscheint, so wird die Appellation verworfen; C. di proc. a. 489. Diese Bestimmung darf nicht auf den Fall ausgedehnt werden, wenn der Appellant im ersten Termine erschienen und erst im späteren Termine ausgeblieben ist; denn nach italienischem Rechte ist das Verfahren nicht mehr ein Kontumazialverfahren, sobald einmal der erste Schritt in das contradictorische Verfahren erfolgt ist.[2])

§ 8.

Wie im französischen Rechte, so schließt im italienischen Prozesse die Möglichkeit der Opposition die eigentlichen Rechtsmittel nicht aus; der Satz: contumax non appellat gilt nicht. Zulässig ist daher die Appellation gegen die Kontumazialurtheile, und bezüglich des Verhältnisses zwischen Opposition und Appellation gilt der Satz, daß die Einlegung der Appellation als Verzicht auf die Opposition zu betrachten ist, C. di proc. a. 481[3]) — die Einlegung der Appellation, natürlich die wirksame Einlegung der Appellation; denn nicht eine präsumirte Verzichtsabsicht ist der Grund dieser Bestimmung, sondern die Inkongruenz der beiden Anfechtungsmittel, sofern die Appellation die Sache der ersten Instanz entzieht und damit die Opposition abschneidet.[4]) Dieser Satz von der Inkongruenz der Opposition mit der erhobenen Appellation hängt mit einem weiteren Satze zusammen — und darin zweit sich das italienische Recht vom französischen. Es ist eine bekannte Bestimmung des französischen Code de procéd., daß die Appellation gegen Kontumazurtheile erst eingelegt werden darf, wenn die Oppositionsfrist verstrichen ist (S. 39). Anders das italienische Recht: hier wird die Appellation durch die Möglichkeit des Einspruchs nicht

1) So auch Appellationshof Venedig und Cassationshof Neapel, bei Magni II, p. 30 f.

2) Cassationshof Palermo 3. April 1888 Monitore delle leggi IV (1888), p. 356, und Circolo giuridico XIX, p. 235.

3) L'appello dalle sentenze contumaciali importa rinuncia al diritto di fare opposizione.

4) Vgl. die Entscheidungen bei Mattirolo IV, p. 335 Note 1 und bei Magni II, p. 38 f. nr. 11.

hinausgeschoben: die beiden Anfechtungsfristen laufen nebeneinander, beide haben den gleichen Ausgangspunkt, C. di proc. a. 467.[1]) So kann es auch kommen, daß die eine Frist noch im Laufe ist, während die andere bereits ihr Ende erreicht hat.[2]) In solchem Falle ist natürlich nur noch dasjenige Mittel der Anfechtung statthaft, dessen Frist sich noch im Laufe befindet. Und von besonderer Bedeutung ist dies für den Fall, wo die Opposition noch in der Vollstreckungsinstanz nachgeholt werden kann.

Allerdings muß eine solche Möglichkeit zweier Anfechtungsmittel zu mancherlei Complicationen und Schwierigkeiten führen[3]), und dieses beweist auch das italienische Recht. Insbesondere ist es fraglich, ob nicht nach Einlegung der Opposition die Appellation mindestens eventuell eingelegt werden kann — für den Fall nämlich, daß die Opposition als unzulässig erklärt würde, damit auf solche Weise die Appellationsfrist gewahrt bleibt. Man pflegt dies zu bejahen.[4])

Soweit, was die Appellation betrifft. Bezüglich des Cassationsrecurses, des ricorso per cassazione[5]), gilt der Satz, daß die Cassationsfrist erst nach Ablauf der Oppotionsfrist beginnt, C. di proc. a. 517. 518.[6]) Ist damit gesagt, daß der Cassationsrecurs überhaupt nicht vor Ablauf der Oppositionsfrist eingelegt werden kann? Die Frage ist schon verneint worden[7]): die Verlängerung der Frist sei ein Beneficium, kraft dessen dem Säumigen die volle Ueberlegungsfrist gelassen werden soll, ob er opponiren will; daher stehe nichts im Wege, daß er sich schon früher entscheide und schon früher den ricorso geltend mache. Man vergleiche aber a. 517 letzt. Abs.

Für den Fall, daß ein Theil der Kontumazialsentenz dem Kläger ungünstig ist und der Kläger gegen diesen ungünstigen Theil appellirt während der Beklagte die Opposition einlegt, wird angenommen, daß die Appellationsinstanz bis zur Erledigung der Opposition das Ver-

1) Il termine per l'opposizione e quello per l'appellazione decorrono simultaneamente.

2) Die Appellationsfrist ist 60 Tage gegen Urtheile der Civiltribunale in Civilsachen, 30 Tage in Handelssachen, und ebenso 30 Tage bei Urtheilen der pretori, C. di proc. a. 485. Sie kann daher länger oder kürzer sein, als die Oppositionsfrist.

3) Vgl. Krit. Vierteljahresschrift, N. F. III, S. 366 f.

4) Mattirolo IV, p. 332 f. nr. 335 und die hier citirten; Entscheidungen bei Magni II, p. 39 nr. 12.

5) Derselbe kann mit unserer Revision verglichen werden. Nur bestehen in Italien noch mehrere Cassationshöfe neben dem Cassationshof in Rom: der in Neapel, Palermo, Florenz und Turin.

6) Mattirolo IV, p. 683.

7) So Cassationshof Neapel 28. Juni 1874 bei Magni II, p. 179.

fahren suspendiren soll[1]); man vergleiche damit den § 486 der deutschen C.P.O.

§ 9.

Im Falle mehrerer Streitgenossen auf der Beklagtenseite, sind verschiedene Complicationen möglich.[2]) Entweder sind alle säumig, und hierbei sind wieder entweder alle persönlich geladen, oder der eine persönlich, der andere nicht; oder es sind die einen erschienen, die anderen säumig, und hier können wieder die säumigen Theile solche sein, welche persönlich geladen sind oder nicht. Die erschienenen und die persönlich geladenen Beklagten nun stehen insofern einander gleich, als hier die Sache sofort zum Austrag gebracht werden kann, ohne daß eine opposizione im Hintergrund schwebt; anders wenn ein nicht erschienener Beklagter nicht persönlich geladen worden ist. Das italienische Recht will nun ebensowenig, als das französische, eine verschiedenartige Behandlung der mehreren Streitgenossen: es will nicht, daß etwa der eine Streitgenosse noch mit einer Opposition eingreifen kann, der andere nicht.[3]) Daher giebt es dem Kläger die Wahl, entweder auf die Kontumazirung der nicht persönlich Geladenen überhaupt zu verzichten oder dieselben nochmals zu laden, wobei dann die doppelte Ladung den allgemeinen Grundsätzen entsprechend wie eine persönliche Ladung zu betrachten ist; C. di proc. a. 382.

Die genannte Bestimmung des a. 382 gilt auch im Verfahren vor den Handelsgerichten.[4]) Eine analoge Bestimmung gilt für das Verfahren vor den pretori.[5])

§ 10.

Das italienische Recht gestattet die Widerklage; und zwar ist (abgesehen von dem Fall der incompetenza per materia o valore) das Gericht der Hauptklage kompetent für eine Widerklage, welche entweder mit der Klage oder mit einer Einrede im Zusammenhang steht: dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall' attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione, C. di proc. a. 100 Z. 3.[6])

---

1) Cassationshof Neapel 14. Novbr. 1870 cit. bei Mattirolo IV, p. 336.

2) Bei einer Mehrheit von Streitgenossen auf klägerischer Seite hat die Sache deshalb nichts besonderes, weil ja dem Kläger keine opposizione zusteht.

3) Mattirolo III, p. 501 f.

4) C. di proc. a. 407, Mattirolo III, p. 503.

5) C. di proc. a. 441.

6) Vgl. Mattirolo I, nr. 608 f.

Der Beklagte kann im Fall der Kontumaz des Klägers eine Widerklage erheben, er muß aber die Widerklage dem Kläger zustellen lassen.[1])

III. Das französische Kontumazialverfahren.[2])

§ 1.

Da es hier nicht unsere Sache ist, eine Geschichte des französischen Kontumazialverfahrens zu schreiben — sie ist noch zu schreiben und wird geschrieben werden —, so soll hier nur bis zu den Ordonnanzen von 1539 und 1667 zurückgegangen werden.

Das altfranzösische Kontumazialverfahren war genährt durch den Grundsatz[3]), daß die Ladungen zunächst nur dilatorischer, nicht peremtorischer Natur seien. Man lud daher dreimal, erst die dritte Ladung nahm den Charakter der peremtorischen an; man lud auch selbst ein viertes Mal. Auf Grund der fruchtlosen Ladungen wurden in der Gerichtsschreiberei die défauts erwirkt; war die Zahl der Ladungen erfüllt, so erging Urtheil auf Grund einseitiger Verhandlung. Ueber die Art, wie die défauts genommen wurden, erging eine Ordonnanz v. 13. Januar 1528.[4])

Eine Erleichterung bot bereits die berühmte Ordonnanz von

1) C. di proc. a. 381 Abs. 2, Mattirolo III, p. 487 f.

2) Vgl. Rodière, Cours de procédure civile (Paris 1850); Boitard, Leçons de procédure civile, edirt von Colmet-Daage (12 Ed., Paris 1876); Bonfils, Traité élémentaire ..... de procédure (Paris 1885); Carré, Chauveau, Lois de la Procédure (4. Ed.); Dalloz, Répertoire alphabétique v. Jugement par défaut (cit. mit Dalloz); Rousseau et Laisney, Dictionnaire théorique et pratique de procédure civile v. Jugement par défaut (V, p. 602 f.); Sirey, Gilbert, Codes annotés t. II. und Supplément; Dalloz et Verger, Codes annotés, Code de procédure civile (Paris 1876). Für Entscheidungen vgl. die großen Sammlungen von Sirey, Recueil général des lois et des arrêts, und von Dalloz, Recueil Périodique et Critique de Jurisprudence, Législation et de Doctrine. Für das ältere französische Recht vgl. Pothier, Traité de la procédure civile (in den Oeuvres, Ed. Merlin t. VI.); Merlin, Répertoire v. Défaut und v. Opposition; Denisart, Collection de décisions v. Défaut; namentlich aber Jousse, Nouveau Commentaire sur l'ordonnance civile de 1667 (Paris 1767); sowie die Schrift: Nouveau Commentaire sur l'ordonnance civil de 1667 (Paris 1683).

3) Hier erwähne ich nur kurz die Coutumes du Chatelet (bei Brodeau, Coust. de Paris II, p. 527) a. 4: Si aucune personne fait adjourner autre personne sur certaine demande ou requeste qu'il entend à faire contre luy pardevant juge, une fois, deux, trois et la quatriesme d'abondant, et par certains intervalles, et il vient et compare suffisamment à chacune desdites journées, ou dependantes d'icelles, et prend defaut contre sa partie adverse, et il met et esclaircit la demande, au premier de ces defauts: la demande luy doit estre adjugée, et le defendeur condamné en icelle és despens, taxation reservée. Ferner Jean des Mares a. 58. 96. 254. 338. 349. 352. 389; Du Brueil, worüber Schwalbach, Civilprozeß des Pariser Parlaments S. 94 f.; Grand Coutumier, Ed. Laboulaye-Dareste p. 456; Bouteiller, Somme Rural t. 5.

4) Recueil générale des anciennes lois françaises par Isambert, Decrusy, Armet XII, 2, p. 307 f.

Villers=Cotteret, die Ordonnanz von 1539, das Werk Poyets. Sie bestimmt in a. 24[1]) folgendes:

qu'en toutes matières civiles et criminelles, où l'on avait accoutumé user de quatre défauts, suffira d'y avoir deux bien et duement obtenus par ajournement fait à personne ou à domicile, sauf que les juges en pourront ordonner un troisième, si lesdits ajournemens n'ont été faits à personne, et ils voient que la matière y fût disposée.

Mit andern Worten, die Ordonnanz reducirt die vier Ladungen mit ihren défauts auf 2—3.

Noch weiter ging die große Prozeßordonnanz von 1667, die Mutter des Code de procédure. Sie schaffte die dilatorischen Ladungen, die déboutés de défense und réajournements überhaupt ab (tit. V a. 1 und 2), ebenso die rabats der Versäumungsurtheile, d. h. die Wiederaufhebung derselben bei späterem Erscheinen des Säumigen — nur ein rabat in demselben Audienztermin solle statthaft sein (tit. XIV a. 4 und 5). Bei der Versäumung sollte sofort der défaut auf der Gerichtskanzlei genommen und in der Audienz das Urtheil erwirkt werden; welches die Versäumungsfolgen waren, wird im Folgenden (S. 31. 32) zur weiteren Darlegung gelangen.

Den Satz: contumax non appellat statuirte man in Belgien, aber nicht in Frankreich[2]); gegen Versäumungsurtheile waren auch nach der Ordonnance die üblichen Rechtsmittel zulässig; eine Opposition, d. h. eine Reklamation bei derselben Instanz gestattete die Ordonnanz nur, wenn das Urtheil in letzter Instanz gefällt war, so daß mit einem Rechtsmittel nicht mehr zu helfen war: die Opposition war daher subsidiär (tit. XXXV a. 2 und 3).[3]) Diese letztere Bestimmung bewährte sich in der Praxis nicht und die Praxis setzte sich darüber hinweg: theils in der verdeckten Weise, daß man appellirte und nachträglich die Appellation in Opposition verwandelte, theils in offener Weise, indem man, trotz und gegen die Ordonnanz, die Opposition auch gegen Urtheile früherer Instanz gestattete, also da, wo die Appellation möglich war. So insbesondere ein Notorietätsakt des Pariser Châtelet vom 3. Oktober 1727, welcher besagte[4]):

---

1) Récueil général des anciennes lois français XII 2, p. 665.

2) Merlin, Rép. v. Défaut nr. 8.

3) Eine fernere Beschränkung war, daß die Opposition nicht stattfinden solle, wenn die Sache à tour de rôle zur Verhandlung kam, da ja in solchem Falle die Partei noch speciell auf den Termin aufmerksam gemacht sei (Ord. XXXV 3).

4) Schon ein Notorietätsakt vom 7. April 1702 besagt: si on reçoit par grace l'opposition dans la huitaine, dans les affaires ordinaires, contre les Sentences,

l'usage qui s'est observé au Châtelet, et qui s'y observe encore, est que l'opposition qui se forme à l'éxécution d'une Sentence rendue par défaut, faute de défendre ou de comparoir, y est toujours reçue, et suspend l'exécution de la Sentence par défaut, jusqu'à ce qu'il ait été statué définitivement sur l'opposition; que la simple opposition suffit, et qu'il n'est point nécessaire qu'il y ait un appel converti en opposition; que lorsque l'opposition a été reçue, et que pour faire droit au principal, les Parties ont été appointées, la Sentence par défaut ne peut plus avoir d'effet, du moins en peut avoir qu'après, et selon le Jugement définitif intervenu sur le procès appointé; ce que nous certifions être l'usage qui s'observe au Châtelet de Paris.[1])

Nur in wenigen Parlamenten hielt man an der Beschränkung der Ordonnance fest, z. B. im Bezirke von Dijon; oftmals wurde die Opposition auch nach Ablauf der 8 Tage zugelassen, indem man sich des alten Mittels bediente: der Appellation, welche man nachträglich in Opposition verwandelte.[2])

Nach den lettres-patentes vom 24. Mai 1770 a. 2 war bestimmt[3]), daß toute opposition à une sentence faute de défendre, contiendra des défenses ou des exceptions; et faute par l'opposant de fournir ses défenses ou exceptions par l'acte même d'opposition, le demandeur pourra poursuivre l'audience sur un simple avenir, et faire débouter l'opposant de son opposition. Dieser Verbindungszwang ist bekanntlich in den Code de procédure übergegangen (unten S. 34).

Eine Bestimmung, daß, wenn der Säumige zum zweiten Male säumig ist, keine weitere Opposition stattfinde, enthielt die Ordonnance von 1667 nicht; sie wurde nachgeholt in a. 10 der Deklaration von 1668; aber auch diese Bestimmung blieb vielfach unbeachtet.[4])

Ein besonderes, dem älteren Rechte mehr entsprechendes, Kontumazialverfahren galt in Lothringen, nach der Ordonnanz Leopolds von 1707.[5])

---

qui ne doit avoir lieu, suivant l'Ordonnance, que contre les Arrêts par défaut ou sur Requête, cette tolérance contraire à l'Ordonnance, ne peut pas relever le retrayant du défaut d'offres prescrites par l'article 140 de la Coutume de Paris.... Denisart, Acts de notoriété donnés au Châtelet de Paris (t. 3me Ed. 1769), p. 226. 227. Jn a. 140 C. de Paris ist bekanntlich vom Retrakt die Rede.

1) Denisart, Actes de notoriété p. 452. 453. Vgl. auch Jousse II, p. 371, Nouveau Commantaire p. 463 f., Pothier III s. 2 § 1, Merlin, v. Opposition art. I, welcher auch einen Brief d'Aguesseau's vom 7. Juni 1746 citirt.

2) Pothier a. a. O., Nouveau Commentaire p. 437. Jn den in folgender Note citirten lettres-patentes von 1720 wurde dies allerdings bezüglich der chambres des requêtes du palais et de l'hotel untersagt (a. 7).

3) Bei Denisart, Collection v. Requêtes du Palais nr. 21 (IV p. 279).

4) Vgl. Jousse II, p. 371, Nouveau Commentaire p. 438; Denisart, Collection v. Défaut nr. 9. Vgl. auch die eben cit. lettres-patentes von 1770 a. 3.

5) Vgl. darüber Merlin, Rép. v. Défaut nr. 7.

Der Code de procédure hat gerade in dieser Materie reformatorisch gewirkt; wie das Verfahren vor der Ordonnance von 1667 zu lax gewesen war, so war die Ordonnance zu formal strenge und dies führte, in Verbindung allerdings mit den sonstigen furchtbaren Mißständen in der letzten Zeit des vorigen Jahrhunderts, zu großen Mißlichkeiten: in vielen Fällen wurde das Prozeßverfahren mißbraucht zum Abbruch des materiellen Rechts.

§ 2.

Die Mißlichkeiten, welche sich in der Praxis entwickelten, wurden in der Berathung des Code de procédure mit Schärfe hervorgehoben.[1]) Oftmals war es geschehen, daß der Kläger eine Ladung erschlich, indem er mit dem huissier colludirte: der huissier stellte das ajournement zu — formell richtig, aber so, daß der Beklagte nichts von der Zustellung erfuhr; man nannte dies souffler des exploits. Wenn nun die Säumniß eingetreten und das Säumnißurtheil gesprochen war, so konnte der Kläger wieder dafür sorgen, daß der Beklagte nichts von dem Säumnißurtheil erfuhr: auch hier wurde es formell richtig zugestellt, aber auch hier wieder so, daß dem Insinuatar nichts zu Gesicht kam. Nun war die Sache geschehen: die Fristen verstrichen und das Säumnißurtheil stand fest. In der besten Façon war der Beklagte ohne sein Wissen an die Luft gesetzt und um Hab und Gut gebracht. Niemand konnte wissen, ob nicht über seinem Kopfe ein solches Schwert der Versäumniß schwebte; in der Luft schwirrte es von solchem kontumazialen Unheil; wehe, wen es traf: er fiel unrettbar der Hinterlist in die Arme.

Es ist nun sicher, daß diese Mißstände großentheils in den Zuständen lagen, welche der Revolution vorhergingen; solche Mißbräuche setzen eine Reihe von zerrüttenden Strömungen im Familien= wie im

---

1) Bekannt sind die Worte Treilhard's: Je dois découvrir sans ménagement une grand plaie de l'ordre judiciaire: il n'est que trop souvent arrivé qu'un huissier prévaricateur a manqué de donner une copie de son exploit à la personne qu'il assigne; c'est ce qu'on appelle, en langue vulgaire, souffler une copie. L'infortuné qu'on a dû citer ne peut pas se montrer sur une interpellation qu'il ignore: on prend contre lui un jugement par défaut: si la prévarication se prolonge, on lui soustrait encore la copie de la signification du jugement: il vit dans une sécurité profonde, et lorsque tous les délais pour se pourvoir sont écoulés, le malheureux peut être écrasé par une procédure dont il n'a pas même soupçonné l'existence. On a dû s'occuper sérieusement du remède à un mal qu'on n'a pu se dissimuler. Locré, Législation de la France XXI, p. 537 f. (Auch bei Dalloz v. Jugement Note 1 nr. 7, und nr. 6, XXIX, p. 229.)

Staatsleben voraus; in gesunden Verhältnissen wird das Leben stark genug sein, derartigen zersetzenden Einflüssen zu widerstehen.

Immerhin aber waren die Mißstände schreiend genug, so daß das Gesetz mit aller Macht sich gegen solche Tendenzen richtete; und so ist es gekommen, daß der Code de procédure wiederum zu einseitigen Extremen gelangt ist.

Das Gesetz unterscheidet zwischen dem défaut der Partei und dem défaut ihres avoué: dem défaut de comparaître und dem défaut de conclure; die gefährlichste Situation ist natürlich die erstere — denn hat die Partei einen avoué aufgestellt, so ist es damit schon von selbst gegeben, daß sie von der Sache weiß; hat sie aber keinen avoué bestellt, so ist sie möglicherweise der Sache unkundig: möglicherweise hat die Zustellung ihr keine Kenntniß von der Sache verschafft. Um nun den geschilderten Gefahren vorzubeugen, hat das französische Gesetz für diesen Fall der Kontumaz drei berühmte Neuerungen getroffen:

1. Das Kontumazialurtheil soll durch einen bestimmten, vom Gericht bezeichneten huissier zugestellt werden: der Kläger darf den huissier nicht selbst ernennen, denn man fürchtet Kollusion; darum wird der huissier vom Richter bestimmt[1]); so a. 156 C. de proc.: Tous jugemens par défaut contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué seront signifiés par un huissier commis, soit par le tribunal, soit par le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné. Aehnlich bezüglich der Handelsgerichte a. 435 C. de proc.

2. Die Opposition gegen ein solches Versäumungsurtheil soll noch in der Exekutionsinstanz eingelegt werden können, und zwar ziemlich formlos[2]); vorbehaltlich des Nachbringens eines Aktes in der entsprechenden Form; so a. 158: S'il est rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement; so a. 162: l'opposition pourra être formée, soit par acte extrajudiciaire, soit par déclaration sur les commandemens, procès-verbaux de saisie ou d'emprisonnement, ou tout autre acte d'exécution, à la charge par l'opposant de la réitérer avec constitution d'avoué,

---

1) Gewöhnlich wird ein audiencier genommen. Die Zustellung durch einen anderen, als einen richterlich gewählten huissier wäre nichtig (obgleich dies nicht speciell gesagt ist und trotz a. 1030 C. de proc.); unbestritten ist dies allerdings nicht. Vgl. Bonfils nr. 954; Boitard I, p. 296; Rodière II, p. 17; Carré qu. 644; Rousseau et Laisney nr. 101. 102. 103. Vorsichtig ist es, nicht den nämlichen huissier zu nehmen, welcher die Klage zugestellt hat, vgl. Dalloz nr. 89; doch besteht eine Vorschrift in dieser Richtung nicht.

2) Eine formlose Oppositionseinlegung kann auch vor der Exekution stattfinden, vorbehaltlich des Nachbringens des formrichtigen Aktes. Vgl. Bonfils nr. 969.

par requête, dans la huitaine — —.[1]) Eine etwas ähnliche Bestimmung enthält, bezüglich des Strafprozesses, a. 187 C. d'instr. crim. (in der Fassung seit 1866).

3. Die dritte und merkwürdigste Neuerung ist es, daß ein Versäumungsurtheil von selbst zerfallen soll, wenn es nicht innerhalb 6 Monaten seit seiner Erlassung zur Vollstreckung gebracht wird; so der a. 156: ils seront l'exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon seront réputés non avenus.[2])

Von diesen Neuerungen haben sich die erste und die zweite leidlich bewährt; sie finden sich, wie oben bemerkt, noch im italienischen Rechte. Die dritte Bestimmung aber zielt weit über das Zweckdienliche hinaus[3]); sie hat zu vielen Härten und zu einer Menge von Streitigkeiten und Verwickelungen geführt. — Genügt es, wenn die Exekution begonnen ist, oder wie weit muß sie geführt sein, um dem a. 156 zu genügen? Man verweist in dieser Beziehung auf a. 159[4]); doch wird diese Bezugnahme mit Recht bekämpft, und richtiger dürfte die Annahme sein, daß ein Exekutionsakt, ein Beginn der Exekution genügt, um die mißliche Folge des a. 156 zu vermeiden.[5])

Wie, wenn der Beklagte keine Vermögensstücke im Lande hat, mindestens keine pfändbaren? Hier nimmt man an, daß ein Karenzprotokoll, ein procès verbal de carence, genüge, vorausgesetzt, daß es zur Kenntniß des Beklagten gebracht wird.[6]) Wie, wenn der Beklagte

---

1) Wann gilt das Urtheil als soweit vollzogen, daß die opposition nicht mehr statthaft ist? Dies sucht der Code in a. 159 zu bestimmen. Er fügt aber die allgemeine Klausel bei: lorsqu'il y a quelque acte duquel il résulte nécessairement que l'exécution du jugement a été connue de la partie défaillante. Wenn also durch solche Akte der Beklagte von der Sache Kenntniß erlangt hat, so kann er nicht mehr beliebig die Opposition einlegen, auch wenn die Exekution noch im Laufe ist. Vgl. Bonfils nr. 967. Doch ist der Artikel Gegenstand vielen Streites, Carré qu. 663; Dalloz nr. 117 f.; Rousseau et Laisney nr. 218 f.

2) Man fragt, ob ein solches Mittel noch nöthig ist, gegenüber der vorigen Bestimmung, wornach noch in der Exekutionsinstanz, also vielleicht nach Jahren, die Opposition eingelegt werden kann. Aber man erwidert, daß, wenn der Beklagte erst nach später Zeit durch die Exekution von der Sache erführe, er allerdings formell stets Opposition einlegen könne, möglicherweise aber seine Beweismittel verloren habe, Bonfils nr. 956.

3) Selbst Boitard I, p. 297 f. spricht sich energisch gegen diese Bestimmung aus.

4) Carré qu. 647.

5) Vgl. Dalloz nr. 375 f.; Boitard I, p. 309; Rousseau et Laisney nr. 160 f. In der That handelt es sich bei der Wahrung des Versäumungsurtheils gegen den Verfall um andere Rücksichten, als bei der Wahrung des Oppositionsrechts.

6) Bonfils nr. 956; Sirey-Gilbert ad a. 159 nr. 28 f., Suppl. nr. 8; Cassationshof 22. Juli 1885, Sirey, Recueil général 87 I, p. 26 (wo noch weitere Citate). Aehnliches nimmt man auch bezüglich der Eintragung der Urtheilshypothek an, vgl. Dalloz nr. 400 f. Wie, wenn ein Karenzakt nicht zur Kenntniß des Schuldners gelangt, aber alles geschieht, um ihn zur Kenntniß des Schuldners gelangen zu lassen? Vgl. darüber Rousseau et Laisney nr. 165 f., Rodière II, p. 19 f.

innerhalb der 6 Monate in Konkurs fällt? Hier muß der Kläger im Konkurs die Vollziehung seines Rechtes zu erlangen suchen.[1]) Wie bei mehreren Solidarschuldnern? genügt hier die Exekution gegen den einen, um das Recht gegen alle zu wahren? Die Frage ist besonders in Wechselsachen von großem, aktuellem Interesse; sie ist sehr bestritten; vgl. auch a. 1206 C. civ.[2]) Ist der Ablauf der sechsmonatlichen Frist von Amtswegen zu berücksichtigen? Die Frage wird vielfach verneint.[3]) Kann der Ablauf der Frist nicht aufgehalten werden durch Anerkenntniß des Schuldners? Dieses bejaht man: die Frist wird analog einer Verjährungsfrist behandelt.[4]) Gilt die sechsmonatliche Frist auch für das zweite Versäumungsurtheil, d. h. für dasjenige, welches erging, wenn der für säumig Erklärte Opposition einlegte und wegen Nichterscheinens mit dieser Opposition zurückgewiesen wurde? Nein, hier ist ja keine Opposition mehr möglich, und überhaupt ist es ja hier sicher, daß der säumige Theil von der Sache weiß.[5]) Gilt die Frist auch für das Verfahren vor dem Friedensrichter? Die Frage wird verneint.[6])

Uebrigens fällt nach Ablauf der sechs Monate nur das Versäumungsurtheil zusammen, nicht der Prozeß: der Prozeß kann ebenso, wie wenn kein Versäumungsurtheil erlassen worden wäre, fortgesetzt werden — solange die Peremtion des Prozesses nicht eingetreten ist.[7])

Daher kann der Kläger das Verfahren wieder aufnehmen, als wie wenn es vor. Erlassung des Versäumungsurtheils unterbrochen gewesen wäre.[8])

§ 3.

Gehen wir nun auf Einzelheiten über, so wird bekanntlich der französische Ordinarprozeß durch einen Schriftwechsel begonnen, indem

1) Cassationshof 4. Decbr. 1883, Sirey 86 I, p. 67; frühere Entscheidungen bei Rousseau et Laisney nr. 170.

2) Rodière II, p. 21; Boitard I, p. 311; Carré qu. 645; Rousseau et Laisney nr. 174; Dalloz nr. 424 f.; Sirey-Gilbert ad a. 156 II, nr. 28 f., Suppl. nr. 13, wo reiche Nachweise. Hindert die Anerkennung eines der Solidarschuldner die Peremtion bezüglich der übrigen? Vgl. darüber Rousseau et Laisney nr. 158, Sirey-Gilbert II ad a. 156 nr. 46 f.

3) Boitard I, p. 300; Dalloz et Verger ad a. 156 nr. 181 f.; Carré qu. 665, Sirey-Gilbert ad a. 156 II. nr. 36 f. Es gilt als ein Verzicht auf die Peremtion, wenn der Beklagte nach Ablauf der sechs Monate die Opposition geltend macht. Umgekehrt liegt ein Verzicht natürlich dann nicht vor, wenn nach Ablauf der sechs Monate vollstreckt wird und der Beklagte keine Opposition einlegt; denn die Opposition hat ja keine Bedeutung gegenüber einer nichtigen Sentenz, Carré qu. 666. Für die Ipsojurewirkung der Peremtion vgl. Rousseau et Laisney nr. 155 und die hier citirten.

4) Carré qu. 664; Dalloz et Verger ad a. 156 nr. 54–66.

5) Rousseau et Laisney nr. 135 und die hier citirten Cassationsentscheid.

6) Rousseau et Laisney nr. 138.

7) Bonfils nr. 958.

8) Rousseau et Laisney nr. 178. 179; Rodière II, p. 18

der Beklagte innerhalb der Ajournementfrist, die nach den Entfernungen verschieden ist, einen avoué aufstellen muß, welcher dem klägerischen avoué von seiner Aufstellung Kunde giebt (comparaître). Hierauf wird schriftlich hin und her verhandelt, alles innerhalb bestimmter Fristen; worauf dann der betreibende Theil die Sache auf die Rolle, und damit auf die Spruchliste bringt; C. de proc. a. 72. 75—82.

Im ersten Audienztermine legen die avoué die motivirten Anträge (conclusions motivées) vor: diese Vorlegung ist der förmliche Beginn des Prozesses[1]); sie entspricht der Litiskontestation. Ist es soweit gekommen, so ist damit die Sache definitiv kontradiktorisch geworden, und von einem Kontumazialverfahren ist keine Rede mehr, auch wenn ein avoué in einem späteren Termine ausbleiben sollte: die affaire ist en état[2]); a. 343 C. de procéd.[3])

Erscheint aber der avoué in diesem Konklusionstermin nicht, so ergeht ein défaut. Uebrigens war es von altersher Uebung, daß man den ausgesprochenen défaut zurücknahm, wenn der avoué noch nachträglich in der nämlichen Audienz erscheint: rabattre le défaut.[4]) Heutzutage ist es Uebung, den défaut mit dem Vorbehalte auszusprechen: sauf l'audience[5]), d. h. vorbehaltlich des nachträglichen Erscheinens in der Audienz.

Uebrigens muß unter Umständen die Litiskontestation erneuert werden. Das französische Recht geht davon aus, daß mit dem jugement interlocutoire gewissermaßen der Prozeß beendet ist und, was nach demselben folgt, einen neuen Prozeß darstellt, so daß nach solchem Zwischenurtheil die Vorlage neuer Konklusionen nöthig ist. Noch mehr gilt dies, wenn nur Konklusionen bezüglich eines Incidentpunktes aufgestellt worden sind. Daher kann nach französischen Prozessen immer noch ein défaut ergehen, auch wenn ein kontradiktorisches Verfahren vorhergegangen ist. Anders ist es, wenn lediglich ein Termin zur Fortsetzung des Verfahrens stattfindet, oder ein jugement pré-

1) Genügt es, wenn die Anwälte die Konklusionen in der Gerichtsschreiberei niederlegen, aber im Audienztermin ausbleiben? Dies ist an sich zu verneinen; eine Strömung der Jurisprudenz drängt aber dahin, eine solche Niederlegung in der Gerichtsschreiberei für genügend zu erklären, wodurch der Litiskontestationsakt noch mehr herabgedrückt wird. Eine solche Entwickelung ist sehr begreiflich.

2) Dieser Moment ist von großer Bedeutung, auch bezüglich der Unterbrechung des Prozesses; vgl. darüber Prozeß als Rechtsverhältniß, S. 89 f.

3) Vgl. Bonfils nr. 808 f.; Carré qu. 616 bis; Rousseau et Laisney, nr. 73; Dalloz nr. 40.

4) Ordonn. 1667, XIV, 5: Pourront néanmoins les défauts et congez estre rabattus par les juges en la même audience. Vgl. oben S. 24.

5) Vgl. Bonfils nr. 946; vgl. auch Carré qu. 621.

paratoire erfolgte: die einmalige Litiskontestation umfaßt hier alle folgenden Termine, so daß kein défaut mehr möglich ist.[1])

Die Versäumniß hat nicht die durchgreifenden Folgen, wie nach deutschem Rechte — mindestens sind solche nicht gesetzlich statuirt. Die klägerischen Konklusionen werden zuerkannt, aber nur wenn sie nicht nur in Rechten begründet (justes), sondern auch dem Gericht bewiesen, wenn sie bien vérifiées sind a. 150.[2]) In der Praxis macht sich aber die Sache einfach. Eine Enquête im Falle der Säumniß des Beklagten findet nicht statt, es wird sogar darüber gestritten, ob sie zulässig wäre.[3]) Bei diesem Sachverhalte begnügt sich das Gericht, wenn der Kläger durch Vorlegung von Urkunden, Schriftstücken oder in anderer Weise dem Gerichte die Sache plausibel machen kann, und das Ausbleiben des Beklagten wird schon an sich als starker Beweis zu dessen Ungunsten betrachtet.[4]) So kommt die Sache in der Praxis so ziemlich auf dasjenige hinaus, was die deutsche C.P.O. bestimmt. Die französische Praxis hat sich hier von selbst geholfen, und dies war um so wichtiger, als das französische Recht das Mahnverfahren nicht kennt, und um so leichter, als das französische Verfahren kein Beweisinterlocut hat. Auf diese Weise ergiebt sich die praktische Anwendung der Bestimmung, welche im C. de proc. a 150 folgendermaßen gefaßt ist: le défaut sera prononcé à l'audience, sur l'appel de la cause, et les conclusions de la partie qui le requiert seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées; pourront néanmoins les juges faire mettre les pièces sur le bureau, pour prononcer le jugement à l'audience suivante.

Das jedenfalls ist sicher, daß nur diejenigen Konklusionen dem Urtheile zu Grunde gelegt werden dürfen, welche dem Beklagten zugestellt worden sind[5]); und daß ferner die Klage zurückzuweisen ist,

---

1) Dalloz et Verger, ad a. 149, nr. 63; Dalloz nr. 49 f.; Rousseau et Laisney, nr. 75 f. und die hier cit. Entscheidungen; so Appellhof Aix 7. April 1870 und 28. April 1871, Dalloz 71 II, p. 185, 72 II. p. 83.

2) Ebenso Ordonnance 1667, t. V a. 3 und XIV a. 4 (justes et bien vérifiées). Anderes nahm man vielfach im frühern Rechte an.

3) Vgl. darüber Boitard I, p. 284 f.; Bonfils nr. 945; Rousseau et Laisney nr. 16. Vgl. auch Arch. f. civ. Prax. B. 70 S. 246.

4) Unter der Herrschaft der Ordonnance ließ man eine Instruktion zu. Jousse ad XIV 4 besagt, nr. 5: Lorsque la demande n'est pas suffisamment justifiée et que la matière est susceptible de preuve, le Juge permet au Demandeur de faire cette preuve par Témoins ou autrement. Vgl. auch Ordonn. 1667, V a. 4. Jedoch nimmt auch schon Pothier I, ch. 5, a. 3 § 2 an, daß die Klage genügend bewiesen ist, wenn der Kläger auch nur eine Privaturkunde vorlegt, da diese in solchem Falle ohne Zugeständniß als ächt anzunehmen sei.

5) Rousseau et Laisney nr. 19.

wenn die Thatsachen solche sind, daß auch bei ihrem Vorhandensein der Anspruch unbegründet wäre[1]).

Bezüglich des défaut des Klägers (congé)[2]) giebt die P.O. keine unzweifelhafte Bestimmung[3]). Man streitet, ob in solchem Falle absolutio ab instantia oder materielle Klagabweisung, Anspruchsabweisung zu erfolgen habe. Manche sind der Meinung, daß der Beklagte stets absolutio ab instantia verlangen könne; daß er aber auch die Sache materiell zur richterlichen Prüfung vorlegen und entsprechend dem Resultate der richterlichen Prüfung auf absolutio ab actione antragen könne.[4])

Schon unter der Ordonnance war dies streitig.[5])

Das Versäumungsurtheil besteht aus zwei Theilen, dem Ausspruch des défaut, d. h. der Konstatirung der Kontumaz, und dem Ausspruch der Versäumungsfolgen, der Erklärung des profit du défaut.[6]) Beides war vor dem Code äußerlich getrennt, indem das erste (im Fall der Nichtaufstellung des procureur) vor dem greffier und erst das zweite in dem Termine stattfand.[7]) Der Beschleunigung halber vereinigt der Code beides und bestimmt in a. 150, daß auch das erstere in dem Audienztermin zu erfolgen habe[8]). Nichtsdestoweniger sind beide Theile inhaltlich getrennt, wie sich solches insbesondere da erweist, wo wegen eines rechtlichen Hindernisses mit dem défaut nicht sofort das Sachurtheil verbunden werden kann — im Fall des a. 153 C. de proc., von welchem unten (S. 36 f.) die Rede sein wird.

§ 4.

Eine der eigenartigsten Schöpfungen des französischen Prozesses, hervorgerufen durch den Gedanken, daß gegen ein unvollkommenes

1) Rousseau et Laisney nr. 14.

2) Das alte congedium; vgl. auch Schwalbach S. 92 f.

3) Nur der a. 434 besagt von den Handelsgerichten: Si le demandeur ne se présente pas, le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de la demande.

4) Vgl. über die Frage Bonfils nr. 941; Rodière II, p. 32 f.; Carré qu. 617; Dalloz nr. 22 f.; Rousseau et Laisney nr. 92. 94–96.

5) Die Ordonn. XIV a. 4 enthielt die Bestimmung: sera donné défaut ou congé au comparant, qui sera jugé sur le champ; et pour le profit, le défendeur sera renvoyé absous. Vgl. auch Pothier I, ch. 5, a. 3 § 4.

Vor der Ordonnance nahm man allgemein an, daß die Säumniß des Klägers lediglich zu einem relaxe, einer absolutio ab instantia führe; vgl. auch Boitard I, p. 291.

6) Rodière II, p. 30.

7) Ordonn. von 1667, t. 5, a. 3: Si le défendeur . . . ne met Procureur, le demandeur prendra son défaut au Greffe. So auch nach der oben cit. Ordonnance von 1528, und so schon nach früherem Rechte. Ueber den Unterschied zwischen defectus und utilitas defectus vgl. auch Schwalbach, Prozeß des Pariser Parlaments, S. 92 f. Vgl. auch Pothier I, ch. 5, a. 3 § 2.

8) Boitard I, p. 283 f. Ueber diese Aenderung und ihren Grund vgl. Locré, Législation de la France XXI, p. 279.

Urtheil in jedem Fall ein Heilmittel gegeben werden müsse, und daß ein Säumnißurtheil auf Grund einer einzigen Ladung (an Stelle der mehrmaligen Ladungen) ein unvollkommenes Urtheil sei, ist die Opposition (Einspruch) gegen das Versäumungserkenntniß. Sie besteht in dem Rechte des für säumig Erklärten, den défaut (das Versäumungsurtheil) bei dem Gerichte, von welchem es erlassen ist, anzufechten und sich für das versäumte Vorbringen nachträglich Eingang zu verschaffen und zwar mit peremtorischem Rechte, ohne daß es einer Entschuldigung oder eines Entschuldigungsgrundes oder gar des Nachweises eines solchen bedarf; eine ganz besonders praktische Einrichtung, weil damit alle die peinlichen Erörterungen über Versäumnißgründe und ihre mehr oder minder entschuldigende Qualität wegfallen und weil das materielle Recht zum Durchbruch gelangen kann, auch wenn dem säumigen Theil ein Verschulden zur Last fällt: ein solches Verschulden rechtfertigt es noch durchaus nicht, daß nun die säumige Partei den Prozeß verliert und damit einen materiellen Nachtheil erleidet, welcher oftmal gar nicht im Verhältniß steht zu dem Grade ihres Verschuldens. Natürlich hat das Anfechtungsmittel auch seine Schattenseiten; es kann derart benutzt werden, daß der Beklagte absichtlich säumig bleibt und nachher die opposition einlegt, so daß hierdurch die Sache hinausgezögert wird; doch ist hier bereits der Kostenpunkt ein wichtiges Gegenmittel. — Die opposition findet gegen die Versäumungsurtheile statt, auch wenn dieselbe für vorläufig vollstreckbar erklärt wurden.[1]) Sie steht nicht nur dem kontumazirten Beklagten, sondern auch dem kontumazirten Kläger zu, jedenfalls dann, wenn der gegen ihn ausgesprochene défaut nicht eine bloße absolutio ab instantia ist.[2]) Sie steht aber natürlich dem Kläger nicht zu, wenn der Beklagte es war, welcher säumig gewesen ist, und wenn der Kläger wegen Unbegründetheit der Klage troß dieser Säumniß abgewiesen worden ist.[3]) Hier hat der Kläger nur die Appellation.

Nach der Ordonnance von 1667 titre XI, a. 6 nahm man an, daß der Opposition eine exceptio refusionis expensarum entgegenstehe, sofern der Oppositionseinleger zuerst die Kosten des Versäumniß-

---

1) Dalloz nr. 180.

2) Bonfils nr. 966. Vgl. auch Rousseau et Laisney nr. 187. Manche nehmen dies auch für den Fall der absolutio ab instantia an, Boitard I, p. 292. In der That kann auch diese absolutio schwere Folgen nach sich ziehen; so, wenn der Anspruch unterdessen verjährt ist.

3) Dalloz nr. 203.

verfahrens vorstrecken müsse.[1]) Unter dem C. de proc. hat diese Ansicht keine Stätte.[2])

Um die Opposition zu erleichtern, ist für Handelsgerichte vorgeschrieben, daß der Kläger bei Zustellung des Versäumungsurtheils einen Wohnsitz am Orte der Zustellung wählen muß, a. 435 C. de proc.[3])

Daß die Opposition in dem wichtigsten Falle noch in der Executionsinstanz nachgebracht werden kann, ergiebt sich aus dem Obigen (S. 27). In allen anderen Fällen muß dieselbe innerhalb 8 Tagen eingelegt werden[4]); sie muß eingelegt werden durch eine requête d'avoué à avoué[5]), und sie muß nothwendig (sofern vom Beklagten eingelegt) die Vertheidigungsmittel, die moyens de défense enthalten, a. 161; sonst wird die Opposition ohne Weiteres zurückgewiesen.[6]) Hat übrigens der avoué des Beklagten eine Vertheidigungsschrift gegeben, so genügt es, auf die in derselben enthaltenen moyens in der Opposition zu verweisen.[7])

Ist die Opposition zuerst formlos eingelegt, so muß sie innerhalb der acht Tage regularisirt werden; nach der Ansicht mancher hätte nach dieser Frist auch eine formgerechte Opposition keine Wirkung mehr, auch wenn sonst noch die Frist für die Opposition laufen würde[8]); doch ist dieser Ansicht nicht beizustimmen.[9])

Wie ist es, wenn von mehreren Kontumazirten einer die Opposition einlegt? Es wird angenommen, daß die Opposition des Garantiebeklagten (garant) auch dem Erstbeklagten (garanti) zu gute kommt.[10]) Im Uebrigen wird unterschieden, ob die Sache theilbar ist oder nicht, das heißt wohl, ob sie eine differirende Entscheidung unter

---

1) Jousse II, p. 372; Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance p. 438.

2) Rodière II, p. 9, Carré qu. 671; Dalloz nr. 278; Rousseau et Laisney nr. 183. Vgl. übrigens S. 42. 45.

3) Rousseau et Laisney nr. 111. Bezüglich des italienischen Rechts s. S. 17 f.

4) Ueber die Berechnung dieser Frist vgl. Dalloz nr. 250 f.

5) Nicht an die Partei, nicht von der Partei; Carré qu. 669. Dagegen bedarf es nicht der Formalitäten des ajournement (der Klageladung); Carré qu. 670; Rousseau et Laisney nr. 248 f.

6) Carré qu. 672 f.; Rousseau et Laisney nr. 254 f. Vgl. oben S. 25. Wie, wenn die Opposition das Datum des Urtheils nicht bezeichnet, gegen welches sie gerichtet ist? Darüber wurde in einem Falle hinweggesehen, wo über das angefochtene Urtheil kein Zweifel sein konnte; Rousseau et Laisney nr. 253.

7) Boitard I, p. 311; Rodière II, p. 14.

8) Vgl. Bonfils nr. 974.

9) Vgl. Carré qu. 682; Rousseau et Laisney, nr. 276; Cassationshof 3. Febr. 1864, Dalloz, Rec. Pér. 64 I, p. 118.

10) Bonfils nr. 975 u. die hier cit. Entsch. des Cassationshofs; Dalloz nr. 341.

den mehreren Parteigenossen zuläßt oder nicht; im letzteren Fall nützt die eine Opposition allen.[1])

Wenn die Oppositionseinleger in dem impetrirten Oppositionstermine wieder ausbleibt, so gilt der Grundsatz: „Opposition sur opposition ne vaut", „le second défaut est fatal"[2]): das Versäumungsurtheil, welches die Opposition verwirft, unterliegt nicht wieder einer neuen Opposition. So a. 165 C. de proc.: l'opposition ne pourra jamais être reçue contre un jugement qui aurait débouté d'une premiére opposition. Vgl. auch a. 22 (bezüglich des Verfahrens von den Juges de paix). Gilt dies auch, wenn auf Grund der Opposition verhandelt und ein Zwischenurtheil erlassen ist und nach diesem Zwischenurtheil wiederum ein défaut stattfindet? Die Frage ist bestritten[3]); sie ist zu verneinen.[4])

Daß der Rechtssatz: Opposition sur opposition ne vaut auch für den Kläger gilt, ist nicht zu bezweifeln[5]); dagegen gilt er nicht, wenn zuerst der eine Theil abwesend war, und nach erfolgter Opposition desselben der andere Theil ausgeblieben ist: dieser hat die Opposition.[6])

Kommt das Gericht trotz der Opposition zu dem gleichen Resultate, findet es also, daß das auf Grund des défaut erlassene Sachurtheil materiell richtig ist: so ist nicht an Stelle des défaut-Urtheiles ein neues zu setzen, sondern das défaut-Urtheil ist aufrecht zu erhalten. Die Opposition hebt nicht das materielle défaut-Urtheil schon von sich aus auf, sondern sie hebt es nur auf, sofern und soweit sie es erwirkt, daß ein neues Urtheil erzielt wird. Dies ist allerdings bestritten.[7]) Die wichtigste Folge der vertheidigten Ansicht ist, daß, wenn auf Grund des défaut-Urtheiles eine gerichtliche Hypothek ein-

1) Dalloz nr. 343.

2) Ueber das ältere Recht vgl. oben S. 25.

3) Carré qu. 694; Rodière II, p. 10; Dalloz et Verger ad a. 165, nr. 12 f. Vgl. auch Rousseau et Laisney nr. 198; Dalloz nr. 196. Muß auch das zweite strenge Versäumungsurtheil durch einen besonderen, gerichtlich aufgestellten huissier insinuirt werden? Dies wird verneint, und für die Verneinung sprechen in der That plausible Gründe; Rousseau et Laisney und die hier cit. Entscheidungen, so Appellhof Bordeaux 6. Juli 1853, Dalloz 56 II, p. 83: ein solches Versäumungsurtheil wird wie ein kontradiktorisches behandelt.

4) Vgl. insbesondere Appellhof Bourges 31. Decbr. 1850, Dalloz, Rec. Pér. 54 V, p. 460. 461.

5) Rousseau et Laisney, nr. 194.

6) Rousseau et Laisney, nr. 200.

7) Vgl. Dalloz nr. 350 f.; Dalloz et Verger ad a. 157 nr. 102 f.; Rousseau et Laisney, nr. 301 f.; ferner die Entscheidung des Appellhofs Poitiers 16. Novbr. 1880, Sirey 82 II, p. 220, Appellhof Nancy 16. April 1877, Sirey 79 II, p. 325 u. a.

getragen ist, dieselbe nunmehr mit dem Datum des ursprünglichen Eintrages bestehen bleibt.[1])

Sehr fraglich ist es, ob die Opposition die Natur eines Rechtsmittels insofern hat, daß sie das Urtheil nur zum Vortheil des Oppositionseinlegers in Frage stellt, oder ob kraft der Opposition die Sache wieder der unbeschränkten freien Würdigung des Gerichts unterliegt.[2]) Man neigt sich dahin, daß das Gericht mindestens die vorläufige Vollstreckbarkeit nachholen kann, welche im Versäumungsverfahren nicht begehrt oder gar versagt worden ist.[3]) Andererseits wird vielfach behauptet, daß der Kläger, welcher das Versäumungsurtheil impetrirte, in dem (vom Beklagten angeregten) Oppositionsverfahren keine conclusions additionnelles bringen und es auch nicht erwirken könne, daß Punkte, welche zu seinen Ungunsten entschieden sind, zu seinen Gunsten gewendet würden.[4]) Zur entgegengesetzten Ansicht hat neuerdings der Appellhof Paris 28. Juli 1877 eingelenkt, indem er erklärt[5]): si l'on peut admettre que le demandeur qui a obtenu un jugement par défaut n'a pas le droit, sur l'opposition formée à ce jugement, de reprendre ses conclusions premières, déjà appréciées et rejetées contradictoirement avec lui, ce principe ne peut être applicable qu'autant que les divers chefs de la demande sont indépendants les uns des autres et ont des causes distinctes; qu'il n'en saurait être ainsi lorsque ces divers chefs de la demande procèdent de la même cause; que les uns sont les accessoires des autres et qu'ils ne peuvent être appréciés séparément; que, dans ce cas, l'opposition au jugement par défaut remet tout en question et permet au demandeur de faire valoir tous ses moyens et de reproduire ses conclusions premières — — —.

Noch weiter geht, wie unten (S. 46) zu zeigen ist, die bayerische C.P.O., und mit Recht.

§ 5.

Im Falle der passiven Streitgenossenschaft[6]), und zwar sei es der materiellen Streitgenossenschaft mit nothwendiger processualischer Beziehung, sei es der blos formellen Streitgenossenschaft, bei welcher die

1) Vgl. namentlich Cassationshof 17. März 1880, Sirey 80 I, p. 405.

2) Dalloz et Verger ad a. 157 nr. 116 f.; Rousseau et Laisney nr. 305 f.

3) Rousseau et Laisney nr. 309; Dalloz et Verger ad a. 157 nr. 123 f.; vgl. namentlich Appellhof Paris 24. April 1849, Dalloz, Rec. Pér. 49 II, p. 160.

4) Dalloz et Verger ad a. 157 nr. 116–120. Vgl. namentlich Appellhof Paris 16. Febr. 1850 und 3. Jan. 1852, Dalloz, Rec. Pér. 51 II, p. 229 und 52, V, p. 338.

5) Dalloz, Rec. Pér. 78 II, p. 120.

6) Da bei der activen Streitgenossenschaft die Kläger denselben avoué aufstellen müssen, so kann die Schwierigkeit hier nicht eintreten, Carré qu. 634.

Streitgenossen sich selbstständig gegenüberstehen — bei jeder passiven Streitgenossenschaft also bestimmt das französische Recht[1]), daß ein materielles Kontumazialurtheil gegen die Ausgebliebenen und ein kontradiktorisches Verfahren gegen die Erschienenen nicht kombinirt werden darf.

Vielmehr wird zwar die Säumniß konstatirt, es werden aber keine Säumnißfolgen ausgesprochen, sondern ein neuer Termin ist anzusetzen, um in diesem Termine gegen alle Streitgenossen zu verhandeln[2]): in diesem neuen Termine ergeht gegen alle Streitgenossen, gegen die Erschienenen wie gegen die nicht Vertretenen, kontradiktorisches Urtheil[3]), d. h. ein Urtheil, gegen welches keine opposition statthaft ist. Das gerichtliche Erkenntniß, welches diese Verbindung anordnet und den neuen Termin bestimmt, muß der säumigen Partei mit derselben Vorsicht, wie ein Versäumungserkenntniß, zugestellt werden[4]), d. h. durch einen vom Gericht bestimmten huissier; denn der neue Termin ist ja abschließend, er ist für den säumigen Theil unwiederbringlich: eine Opposition gegen das nunmehr ergehende Urtheil findet nicht statt, Code de proc. a. 153.[5])

1) Schon das Reglement von 1738 für den Prozeß vor dem conseil du roi hatte ähnliche Bestimmung. Anders war die Sache unter der Ordonnance von 1667; vgl. Jousse II, p. 371 f. Vgl. auch Bonfils nr. 964; Boitard I, p. 287. Für Handelsgerichte gilt a. 153 als facultativ, nicht als obligat; Cassationshof 27. Dec. 1880, Sirey 82 I, p. 468. Doch ist dies nicht unbestritten, vgl. Dalloz nr. 75. 76; Rousseau et Laisney nr. 32. 33. Bezüglich der Juges de paix vgl. ib. nr. 31.

2) Le profit du défaut sera joint (a. 153), d. h. die Folge des Versäumnisses wird nicht sofort ausgesprochen, sondern mit der Verhandlung der Sache unter den übrigen Parteien zu einer Einheit verbunden. Daher heißt dieses Urtheil jugement de défaut profit joint. Das Urtheil lautet daher: pour le profit, joint la cause du défaillant à celle des parties qui ont constitué avoué, pour être statué à l'égard de toutes les parties par un seul et même jugement. Vgl. das Formular bei Rousseau et Laisney V, p. 641.

3) Diese Junctur ist obligat, sub poena nullitatis, Carré qu. 622; Dalloz nr. 59 f., Rousseau et Laisney nr. 43 f.; sie ist vom Richter von Amtswegen zu berücksichtigen, daher kann sich der (erschienene) Beklagte auf den Mangel der Junctur auch in späterer Instanz berufen, wenn er auch in der Verhandlung den Mangel nicht gerügt hat; vgl. Cassationshof 19. April 1886, Sirey 86 I, p. 302. Dagegen soll der Kläger, welcher die Junctur nach a. 153 nicht begehrt hat, wegen Mangel derselben keine Cassation erwirken können, Cassationshof 19. Juli 1881, Sirey 82 I, p. 72. Weiteres in der Note daselbst. Vgl. auch Dalloz nr. 60; Rousseau et Laisney nr. 45 f.; Dalloz et Verger ad a. 153 nr. 43 f.

4) Dies ist eine Neuerung des Code de procéd. gegenüber dem Reglement von 1738, und eine zweckmäßige Neuerung; vgl. Boitard I, p. 288.

5) Rousseau et Laisney nr. 59. Aber auch der Streitgenosse, der im ersten Termin erschienen ist und im Juncturtermin ausbleibt, hat keine Opposition, Dalloz et Verger ad a. 153 nr. 89 f.; Cassationshof 25. Octbr. 1887, Sirey 87 I, p. 414. Doch ist dieser Punkt nicht unbestritten geblieben, vgl. Boitard I, p. 289; Rodière II, p. 31; Dalloz nr. 110—111; Rousseau et Laisney nr. 65. Anders der Kläger, welcher im Juncturtermin ausbleibt: ihm gegenüber ergeht ein Kontumazialurtheil und er hat die Opposition, Rousseau et Laisney nr. 69. Im Uebrigen

Man fragt, ob auch der Garantiebeklagte, — d. h. der vom Beklagten seines Regresses halber weiter Beklagte und deshalb in den Prozeß Gezogene — unter die Bestimmung des a. 153 falle, so daß, wenn er ausbleibt, eine Junctur stattfindet. Dies ist sicher zu verneinen: der a. 153 bezieht sich nur auf ursprüngliche Streitgenossen, also auf solche, welche von dem Kläger belangt worden sind; a. 184 C. de proc. beweist zur Genüge, daß eine solche Verbindung zwischen Erstbeklagtem und Garantiebeklagtem nicht als nothwendig erachtet wird.[1] Doch ist auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten.[2]

§ 6.

Die Grundsätze über das Versäumungsverfahren gelten analog in der Appellationsinstanz.[3] Der nicht erscheinende Appellant wird mit seiner Appellation zurückgewiesen.[4] Bei Nichterscheinen des Appellaten wird nach Prüfung der Sache das Urtheil bestätigt oder abgeändert; letzteres nur, wenn das Begehren des Appellanten bien justifié ist: dies ist besonders hier wichtig, wo der Säumige ein Urtheil erster Instanz für sich hat.[5] Auch die Bestimmung über die Junctur der Streitgenossen (a. 153) gilt in der Appellationsinstanz.[6]

§ 7.

Für die Frage, ob die Opposition statthaft ist oder nicht, ist lediglich die wahre Natur des Urtheils entscheidend: die irrige Bezeichnung eines Urtheils als eines Kontumazialurtheils macht dasselbe der Opposition nicht zugänglich; umgekehrt ist aber auch ein Versäumungsurtheil mit der Opposition anfechtbar, auch wenn es irrig als kontradiktorisch bezeichnet sein sollte. Erklärt aber das Urtheil in

hat das auf Grund der Junctur ergangene Urtheil auch insofern den Charakter eines kontradiktatorischen, als es in keinem Fall der sechsmonatlichen Executionsfrist unterliegt; Dalloz nr. 112; Rousseau et Laisney nr. 70. 134 und die hier cit. Entsch. des Cassationshofs 12. Mai 1847, Dalloz, Rec. Pér. 47 I, p. 233.

1) Carré qu. 621 sext.; Appellhof Rennes 16. Juli 1812, Toulouse 10. August 1842, Lyon 14. Mai 1851, Dalloz, Rec. Pér. 52 II, p. 192 f.; Appellhof Nancy 18. Mai 1872, Dalloz, Rec. Pér. 73 II, p. 103. Vgl. unten S. 46.

2) So Appellhof Limoges 16. Februar 1842 (1852?), Rennes 9. Juli 1851, Dalloz, Rec. Pér. 52 II, p. 191. 192. Vgl. über die Jurisprudenz auch Dalloz et Verger ad a. 153 nr. 29—36.

3) C. de proc. a. 470: Les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs seront observées dans les tribunaux d'appel.

4) Dalloz nr. 17; Cassationshof 18. Juli 1831, ib. Note 2; Rousseau et Laisney nr. 92.

5) Dalloz nr. 10; Boitard I, p. 285.

6) Rousseau et Laisney nr. 34 und die hier cit. Entscheid.; Limoges 16. Febr. 1842 (1852?), Rennes 9. Juli 1851, Dalloz, Rec. gén. 52 II. p. 191.

seinem Dispositiv, daß es auf Ausbleiben des einen Theiles erlassen ist, so behält es dabei sein Bewenden, denn diese Erklärung ist authentisch.[1])

§ 8.

Auch die Appellation ist gegen Versäumungsurtheile statthaft. Wie bereits oben bemerkt, ist der Grundsatz: contumax non appellat, im französischen Recht nicht anerkannt worden. Nur dürfen beide Wege nicht mit einander kumulirt werden, und um diesen Satz wirksamer durchzuführen, bestimmt a. 455, daß die Appellation erst eingelegt werden darf, wenn die Oppositionsfrist verstrichen ist. Ob dies auch bei Handelsgerichten gilt, ist allerdings bestritten[2]); der a. 645 des C. de comm. bestimmt, daß die Appellationsfrist gegen Versäumungsurtheile erst von der abgelaufenen Oppositionsfrist beginnt, fügt aber bei: l'appel pourra être interjeté du jour même du jugement. Hiermit kann verglichen werden, was oben (S. 20 f.) bezüglich des italienischen Prozesses ausgeführt worden ist.

§ 9.

Daß der Code de procédure in manchem verbesserungsbedürftig ist, wird in Frankreich selbst von verschiedensten Seiten anerkannt. Man hat auch bereits eine Kommission eingesetzt, um Vorschläge zur Verbesserung zu machen. Nach einem Berichte von Glasson in Basilesco's Revue général du droit et des sciences politiques I, p. 177 f. 229 f. bestehen die Hauptänderungen, welche proponirt werden in Folgendem: Es soll nur einen défaut des Beklagten geben, nämlich den défaut de comparaître: hat der Beklagte einmal einen avoué aufgestellt, so tritt kein Versäumungsurtheil mehr ein, sondern das Verfahren ist kontradiktorisch und der Opposition nicht zugänglich.[3]) Ebenso soll bei dem Versäumungsurtheil gegen den Kläger keine Opposition mehr stattfinden; und auch bezüglich des Beklagten soll es dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt sein, ob ein défaut ausgesprochen, oder der Beklagte noch einmal geladen werden soll, worauf das Urtheil ein kontradiktorisches ist; welches letztere namentlich für die Fälle passen würde, wo die Ladung dem Beklagten nicht in Person zugestellt wurde.[4])

---

1) Vgl. Dalloz nr. 26 f.; Dalloz et Verger ad a. 149 nr. 6; Rousseau et Laisney nr. 202; Trib. Marseille 28. April 1870, und bestätigend Appellhof Aix 28. April 1871, Dalloz, Recueil Périod. 72 II, p. 83. 84: le caractère des jugements dépend, non de leur intitulé, mais de leurs éléments constitutifs.
2) Vgl. Dalloz nr. 164 f.
3) Glasson p. 229 f.
4) Glasson p. 231.

Wie man sieht, sind dies Neuerungen, welche bedeutend nach dem italienischen Rechte zustreben.

Die Frage, welche Wirkung die Versäumung des Klägers hat, ist, der Initiative des seitherigen Rechts entsprechend, dahin entschieden[1], daß der Beklagte die absolutio ab instantia verlangen kann; aber auch die Sachabweisung, letzteres aber nur, wenn der Beklagte seine Vertheidigungen dem Kläger hat zukommen lassen, und er muß dem Kläger ankündigen, daß er diesen Weg wählen wird.

An Stelle der Bestimmung, daß das défaut-Urtheil in 6 Monaten vollzogen werden soll, tritt der Satz[2], daß es in sechs Monaten zugestellt werden muß. Findet die Zustellung in Person statt, so ist der Beklagte noch besonders auf die Möglichkeit der Opposition innerhalb 14 Tagen aufmerksam zu machen. Erfolgt sie nicht in Person, so ist zwar die Opposition noch in der Exekutionsinstanz zulässig, es soll aber ein Karenzprotokoll genügen, welches öffentlich bekannt zu machen ist: dann soll innerhalb bestimmter Frist nach der Bekanntmachung die Opposition erfolgen können.

IV. Das Genfer Kontumazialverfahren.[3]

Die Genfer C.P.O. vom 29. September 1819 hat eine gerechte Berühmtheit erlangt; in vielen Punkten hat sie mit den nationalen Eigenthümlichkeiten und Sonderlichkeiten des französischen C. de proc. gebrochen, und die Bahnen, welche sie einschlug, sind für die späteren Prozeßgesetze bestimmend gewesen; insbesondere hat sie im Kontumazialverfahren Normen eingeführt, welche vielfach vorbildlich waren für die Bestimmungen des deutschen Rechts.

Wie in Frankreich, so bestand auch hier früher das System der dilatorischen Ladungen[4], so daß erst auf wiederholte Ladung ein definitives Versäumungsurtheil erfolgte. Ein Edikt von 1568 beschränkte die Zahl auf zwei, aber in Praxis waren noch lange drei Ladungen üblich. Das Prozeßgesetz von 1819 führte das neuere französische System ein, aber mit Modifikationen, welche sich bedeutend unserem jetzigen deutschen Rechte annähern.

Das Kontumazialurtheil findet statt, wenn die Partei im Ver-

1) Glasson p. 230 f.
2) Glasson p. 232 f.
3) Vgl. Loi sur la procédure civile du canton de Genève suivie de l'exposé des motifs par Feu P. F. Bellot, troisième édition par Schaub avec la coopération de Brocher. Genève-Paris 1870.
4) Vgl. hierüber Bellot p. 63 f.

handlungstermin ausbleibt, also auch, wenn in dem Termin, auf welchen der Verhandlungstermin verlegt wird; a. 129. Die Folgen der Kontumaz des Beklagten sind denen des deutschen Rechts analog. Man verlangt nicht mehr, daß die Thatsachen verificirt werden[1]), sondern man sagt: es wird den Konklusionen des Klägers entsprechend geurtheilt[2]), jedoch so, daß diejenigen Konklusionen nicht genehmigt werden, welche widerlegt sind durch die vorgetragenen Thatsachen oder durch die vorgelegten Beweisstücke (a. 130—132)[3]). Das letztere trägt dazu bei, das Kontumazialverfahren elastisch und den Umständen des einzelnen Falles sich anschmiegend zu gestalten. Selbstverständlich muß daher auch ein Klagantrag abgewiesen werden, dessen Thatsachen notorisch unrichtig sind, — was ja auch im deutschen Rechte angenommen werden muß.[4])

Die Kontumaz des Klägers führt zur Abweisung, und zwar zur materiellen: le défendeur sera libéré des conclusions prises contre lui, a. 131.

Voraussetzung des Kontumazialurtheils ist natürlich eine gültige Ladung und eine Ladung, welche dem Beklagten die gesetzliche Einlassungsfrist freiläßt. Eine höhere Gewalt, welche den Säumigen am Erscheinen verhindert, wird berücksichtigt: ist nämlich diese Hinderung gerichtskundig, so vertagt das Gericht das Versäumungsurtheil, es kann eine nochmalige Ladung anordnen. Und dasselbe gilt, wenn das Gericht annimmt, daß die (wenn auch nicht unter die gesetzliche Minimaldauer fallende) Einlassungsfrist nach den Umständen des einzelnen Falles zu kurz gewesen ist (a. 133. 134) — also eine Bestimmung, wie in unserm § 302.[5])

---

1) Bellot p. 64 bemerkt von der französischen Bestimmung, daß l'expérience faite sous l'Edit civil, l'Ordonnance de 1667 et le Code de procédure, a prouvé que cette disposition était inexécutable.

2) Ebenso sagt das Gesetz vom 30. Novbr. 1842 über die Justices de paix a. 49: Si, à l'audience fixée, le demandeur comparaît et que le défendeur fasse défaut, le Juge de paix en donne acte et adjuge au demandeur les conclusions portées dans la sommation — (Bellot-Schaub p. 671).

3) Ebenso sagt das Gesetz vom 30. Novbr. 1842 über die Justices de paix a. 51: Nonobstant la non-comparution du défendeur, le Juge de paix ne prononce point le défaut dans les trois cas suivants: 1. s'il estime que d'après les pièces produites, les conclusions du demandeur sont mal fondées — — (Bellot-Schaub p. 671).

4) Vgl. meine Abhandlung in Gruchot's Beiträgen B. 31, S. 3 f.

5) Aehnlich sagt das citirte Friedensrichtergesetz a. 49 und 50: Toutefois, si le défaillant n'a pas été assigné conformément aux art. 42, 43, 44, 45 et 46, le jugement sur défaut n'est pas prononcé, et le défendeur est cité par une nouvelle sommation — —.

Si, nonobstant la régularité de la sommation, le Juge de paix estime que le défendeur n'a pas eu connaissance de la citation, il peut suspendre

Auch bezüglich des Oppositionsinstitutes finden wir das Genfer Recht auf dem Wege, den später die deutsche C.P.O. betreten hat. Die Frist ist eine zweiwöchentliche und sie beginnt mit der Zustellung des Urtheils; ist der Säumige abwesend, so kann das Gericht im Urtheil eine längere Oppositionsfrist festsetzen; gegen die Versäumung der Frist ist Wiedereinsetzung möglich, wenn ein legitimes Hinderniß eingetreten war: absence, maladie grave, force majeure, und wenn der säumige Theil in Folge dessen das Urtheil nicht gekannt hat oder das Einspruchmittel nicht hat einlegen können; jedoch muß die Wiedereinsetzung in bestimmter Frist nachgesucht werden, gerechnet von der Aufhebung des Hindernisses, bezw. von dem Momente der Kenntniß an; ein Jahr nach der vollständigen Vollstreckung des Urtheils, fünf Jahre nach der Zustellung desselben ist überhaupt die Wiedereinsetzung verloren (a. 136—140).

Die Opposition geschieht durch Ladung des Gegners (exploit d'ajournement); die Frage, ob der Opposition eine exceptio refusionis expensarum entgegensteht, wird dahin beantwortet, daß das Gericht die Opposition verwerfen **kann**, wenn nicht vorher die Kosten des défaut bei Gericht bezahlt werden (a. 145).

Der Satz: Opposition sur opposition ne vaut gilt natürlich auch hier (a. 149).

In der Frage, wie die Kontumaz bei einer Mehrheit von Streitgenossen zu behandeln ist, weicht das Genfer Recht von dem französischen weit ab. Das französische System, wornach das Urtheil gegen sämmtliche Streitgenossen nur eines sein soll, also nicht gegen den einen ein kontradiktorisches, gegen den andern ein kontumazes sein darf, so daß mithin der profit verbunden und ein neuer Termin anberaumt werden muß — also dieses System, welches der Kanzler d'Aguesseau in der oben erwähnten Ordonnance von 1738 eingeführt hat, wurde in dem Genfer Gesetz nicht angenommen, wenigstens nicht durchgreifend; der a. 135 läßt es in der Wahl des Gerichts, entweder sofort zu urtheilen, per contumaciam gegen die abwesenden und kontradiktorisch gegen die erschienenen, oder lediglich den défaut zu konstatiren und die Sache zur einheitlichen Entscheidung gegen alle Streitgenossen zu vertagen — dies, sofern die Streitgenossenschaft durch Einheit des Streitobjekts **und** des Klaggrunds getragen ist. Wird durch zwiespältiges Kontumazial- und kontradiktorisches Urtheil bezüg-

jusqu'à l'audience suivante, la prononciation du jugement et faire une nouvelle sommation.

lich der einen und der anderen entschieden, so kommt die Opposition des Säumigen auch dem Nichtsäumigen, also dem kontradiktorisch Verurtheilten zu gute, sofern es sich um ein untheilbares Verhältniß handelt, oder sofern für diese Gemeinsamkeit besondere, der Restitutionsidee entlehnte Gründe sprechen: die Gründe nämlich, daß prozessuale Hülfsmittel vorliegen, welche dem Verurtheilten unbekannt oder unzugänglich waren: s'il repose sur des moyens communs qui leur étaient inconnus, ou dont la preuve dépendît des défaillants (a. 148). Ob dieses System gegenüber dem französischen eine wesentliche Verbesserung aufweist, ist sehr fraglich; über die Gründe pro et contra vergleiche Bellot p. 67 f.

V. Das Kontumazialverfahren der bayerischen Civilprozeß-Ordnung.[1])

Näher noch als die Genfer P.O. schließt sich die bayerische C.P.O. vom 29. April 1869, welcher allerdings kaum ein Decennium beschieden gewesen ist[2]), dem französischen Code de procédure an, ohne jedoch die ganz speziellen Sonderheiten des letzteren zu wiederholen. Die Klage wird durch Zustellung der Klagschrift erhoben (a. 224); dabei ist der Beklagte aufzufordern, innerhalb der gesetzlichen Frist (8 Tage, bezw. mehr) einen Anwalt zu bestellen und davon Notiz geben zu lassen (a. 226. 209) — dies ist das Erscheinen (comparaître) des französischen, die appearance des englischen Rechts. Nachdem der Beklagte auf diese Weise „erschienen" ist, findet der gegenseitige Schriftenwechsel statt, indem die Anwälte sich die motivirten Anträge zustellen lassen (a. 229 f.). Dann kommt die Sache auf die Rolle und in die Wochentabelle (a. 236 f.). In der Sitzung haben die Anwälte die motivirten Anträge zu verlesen und dem Vorsitzenden zu übergeben, worauf das Gericht einen Verhandlungstermin bestimmt (a. 241). Die Vorlegung der motivirten Anträge hat, wie im französischen Prozeß, die Bedeutung der Litiskontestation, so daß, wenn dieser Termin erfolgt ist, ein Versäumungsurtheil nicht mehr erlassen werden kann: die Partei ist erschienen und hat litem kontestirt (a. 245); bleibt sie daher später aus, so wird einseitig weiter verhandelt und ent-

1) Vgl. Schmitt, der bayerische Civilprozeß (Bamberg 1870. 1872); Barth, Kommentar zur neuen Civilprozeßordnung für das Königreich Bayern (Nördlingen 1869 f.).
2) Man wird mir das praesens historicum gestatten, sofern ich bei der folgenden Darstellung mir den Prozeß so vorstelle, wie er sich im Leben entwickeln mußte.

schieden; das erlassene Urtheil ist dann ein kontradiktorisches, es ist nicht durch Einspruch anfechtbar.[1])

Dieses findet jedoch dann eine Ausnahme, wenn eine Beweisaufnahme außerhalb der Sitzung stattgefunden hat. Hier sind für die Schlußverhandlung neue motivirte Anträge zu hinterlegen, welche den durch die Beweisaufnahme hergestellten Stand der Sache berücksichtigen. Werden solche Anträge von der einen Seite nicht hinterlegt, so ist das Urtheil, welches darauf ergeht, wiederum ein Versäumungsurtheil und dem Einspruch zugänglich (a. 346).

Die Versäumung des Beklagten ist, wie im französischen Recht, entweder eine Versäumung durch Nichterscheinen, d. h. durch Nichtaufstellung eines Anwalts, oder eine Versäumung durch Nicht-Litiskontestation, d. h. durch Ausbleiben des Anwalts im Termine der motivirten Anträge.[2]) Stellt der Beklagte keinen Anwalt auf, so kann der Kläger die Sache für die Sitzung anmelden und, sobald die Anmeldung geschehen ist, den Beklagten in jeder beliebigen Sitzung kontumaziren (a. 228. 250. 297).[3]) Ebenso tritt eine Kontumazirung ein, wenn der Beklagte „erschienen" ist, aber der Anwalt im Litiskontestationstermin ausbleibt (§ 301). In beiden Fällen ist für die Kontumaz die strengere Beurtheilung angenommen: die Thatsachen werden für festgestellt erklärt und daraufhin wird geurtheilt (a. 297. 301)[4]): es gelten die Thatsachen als festgesetzt, welche in der Klagschrift, bezw. nachträglich in motivirten Schriftsätzen mitgetheilt worden sind (§ 299).[5]) Ist die Thatsache eine solche, welche auch bei Zugeständniß des Beklagten nicht als festgestellt gilt, sofern es sich um Interessen handelt, über welche die Parteien auch nicht indirekt kraft Prozesses disponiren dürfen, so wird zwar durch Zwischenurtheil die Versäumniß festgestellt; das Sachurtheil ist aber erst zu erlassen, wenn das Gericht sich über die Thatsache verlässigt hat: die Säumniß wirkt so viel, aber

1) Vgl. Schmitt II, S. 116 f. 369. 376. Für den Fall jedoch, daß der erschienene Anwalt von dem ursprünglichen Material abweicht, sind besondere Vorsichtsmaßregeln getroffen, ib. S. 118.

2) Vgl. Schmitt II, S. 359 f.

3) Vgl. Schmitt II, S. 361 f. Sollte eine Anwaltsbestellung erfolgt sein und der Kläger sie ignorirt haben, so wäre das Versäumungsurtheil nichtig; Schmitt II, S. 362.

4) Auch dann, wenn die Thatsachen dem Gerichte als zweifelhaft oder nicht genug beglaubigt erscheinen, Schmitt II, S. 367 f.; auch dann, wenn sie der Beklagte in einem motivirten Antrage geleugnet hat, Barth II, S. 134.

5) Solche nachträgliche Thatsachen müssen dem Beklagten, der keinen Anwalt hat, so zeitig zugestellt werden, daß ihm auch von dieser Zustellung an die Erscheinungsfrist frei bleibt; ist ein Anwalt bestellt, so genügt es, wenn demselben die Neuerung auch nur den Tag vor der Sitzung zugestellt wurde (§ 299. 302 und arg. § 245; vgl. Schmitt II, S. 365 f. 371.

auch nicht mehr, als ein Thatsachengeständniß (§ 297. 324, Abs. 2).[1]) Für die Kontumaz des Klägers gilt das mildere System: es tritt absolutio ab instantia ein, die Klage wird als nicht angebracht erklärt (a. 303)[2]). So, wenn die Partei von Anfang an säumig war; eine andere Behandlung tritt in allen diesen Punkten ein, wenn eine Versäumung nach Maßgabe des a. 346 vorliegt, d. h. eine Versäumung nach erfolgter Beweiserhebung: hier hat das Gericht nach Lage der Sache zu erkennen (a. 346).[3])

Aehnlich wie in der Genfer P.O. und jetzt in der deutschen C.P.O. kann das Gericht das Versäumungsurtheil verwerfen, wenn der Beklagte in abgekürzter Frist geladen ist und das Gericht die Frist für zu kurz erachtet (a. 259. 300); ebenso wird das Kontumazialurtheil nicht erlassen, wenn das Gericht weiß, daß für den säumigen Theil eine Unmöglichkeit vorliegt, den prozessualischen Anforderungen zu entsprechen (a. 305).[4])

Das Einspruchsinstitut ist dem französischen Recht entnommen, aber die eigenartigen Besonderheiten der C. de proc. sind gefallen. Der Einspruch steht dem für säumig erklärten Beklagten, steht aber auch dem säumigen Kläger zu, obgleich gegen ihn nur auf absolutio ab instantia zu erkennen ist; aber er muß auch hier, wie bei der Klagerneuerung, dem Beklagten zuerst die Kosten der vereitelten Klage ersetzen (a. 303).[5])

Der Einspruch wird erhoben durch Akt von Anwalt zu Anwalt, welcher einfach die Erklärung der Einspruchserhebung enthält; der motivirte Antrag kann in 8 Tagen nachgebracht werden (a. 311. 312). Der Einspruch ist innerhalb einer achttägigen Frist nach Zustellung des Urtheils einzulegen (a. 309)[6]). Gegen die Versäumung der Frist ist Wiedereinsetzung möglich, sobald ein Restitutionsgrund gegeben ist (§ 216). Der Grundsatz: Opposition sur opposition ne vaut gilt natürlich auch hier (a. 315).[7])

1) Schmitt II, S. 367; Barth II, S. 129.

2) Schmitt II, S. 377 f. Daher bedarf es auch keiner Prüfung des Kompetenzpunktes. Ein Antrag des Beklagten, in die Sachprüfung einzugehen und die Klage abzuweisen, ist nicht gestattet, Barth II, S. 137.

3) Schmitt II, S. 255.

4) Schmitt II, S. 364.

5) Schmitt II, S. 379.

6) Kann er auch vor Zustellung des Urtheils erhoben werden? Nach a. 697 kann die Berufung vor Zustellung des Urtheils eingelegt werden; da solches für den Einspruch nicht gesagt ist, so nimmt man hier das Gegentheil an, Schmitt II, S. 390; Barth II, S. 144. Unter der deutschen C.P.O. ist die Sache bekanntlich gerade umgekehrt.

7) Ist auch hiergegen Restitution möglich auf Grund des a. 216? Dies scheint zu bejahen; a. A. Schmitt II, S. 390.

Durch den Einspruch wird das Versäumungsurtheil nicht umgestürzt, sondern es wird nur Gelegenheit gegeben, es durch neues Urtheil umzustürzen. Soweit das neue Urtheil mit dem Versäumungsurtheil übereinstimmt, behält es bei ihm sein Bewenden und die auf Grund desselben inscribirten Hypotheken bleiben mit dem alten Datum bestehen.[1]) In der Abänderung des Versäumungsurtheils ist das Gericht nicht gebunden; es ist nicht gebunden durch die Interessen der Opponenten: es kann auch abändern zum Nachtheile des Oppositionserhebers (a. 314).[2])

Im Falle, daß mehrere passive Streitgenossen theils erscheinen, theils nicht erscheinen, tritt das französische Verbindungsurtheil ein, d. h. es wird ein neuer Termin festgesetzt, zu welchem die Nichterschienenen noch besonders zu laden sind; worauf durch ein Urtheil gleichmäßig entschieden wird. Doch gilt dieses Verbindungsverfahren nur, wenn es der Kläger beantragt (a. 316 f.).[3])

Ist auf Grund des Verbindungsurtheiles in neuem Termine weiter entschieden worden, so ist das Urtheil, mögen die Streitgenossen erschienen sein oder nicht, gegen sie alle ein kontradiktorisches, kein Versäumungsurtheil und keinem Einspruche mehr unterworfen (a. 317). Dies gilt auch dann, wenn in diesem Termine die Sache noch nicht zu Ende kommt und weitere Termine stattfinden. Für diese bedarf es nicht mehr einer Wiederholung der Ladung der Ausgebliebenen (a. 317).[4])

Die Vorschriften über das Verbindungsurtheil gelten aber nur für Streitgenossen; sie gelten nicht für den Fall, daß Beklagter einen Garantiebeklagten geladen hat, denn der Garantiebeklagte ist nicht der Beklagte des Klägers.[5])

Ebenso finden die Bestimmungen über das Verbindungsurtheil keine Anwendung, wenn es sich nicht um eine passive, sondern um eine aktive Streitgenossenschaft handelt.[6])

---

1) Schmitt II, S. 394.

2) Schmitt II, S. 394 f. Daher ist auch im Oppositionsverfahren eine Klageänderung möglich, soweit eine solche überhaupt statthaft ist; ergeht auf Grund einer Klagänderung wiederum ein Versäumungsurtheil gegen den einspruchserhebenden Beklagten, so ist dasselbe insofern ein erstes Versäumungsurtheil und weiterem Einspruch zugänglich. Schmitt II, S. 395; Barth II, S. 147.

3) Schmitt II, S. 685 f. 687 f. Diese Aenderung des französischen Rechts, wornach das Verbindungsurtheil von einem obligatorischen zu einem fakultativen wurde, beruht auf den Erfahrungen der Pfalz. Man machte geltend, daß das Verbindungsurtheil oft zu Kosten und Weiterungen führe und daß nach französischem Rechte selbst das Verbindungsurtheil bei den Handelsgerichten nicht obligatorisch sei (vgl. oben S. 37); Barth II, S. 150.

4) Schmitt II, S. 689.

5) Barth II, S. 151. Vgl. vgl. oben S. 38.

6) Barth II, S. 154.

Der Säumige hat nicht nur den Einspruch, sondern auch die Berufung; die Erhebung der Berufung wirkt Verlust des Einspruchs (a. 310), wogegen die Berufung noch statthaft ist, wenn die Partei von dem Einspruch Gebrauch gemacht hat (a. 694).[1])

Findet das Berufungsgericht, daß ein Versäumungsurtheil zu Unrecht erlassen worden ist, indem die Voraussetzungen der Kontumaz nicht gegeben waren, so hebt es das Versäumungsurtheil einfach auf, worauf das Untergericht nochmals zu entscheiden hat (a. 732). Dasselbe gilt auch, wenn das Untergericht den Einspruch als form- oder fristwidrig zurückgewiesen hatte: auch hier beschränkt sich das Obergericht auf die Aufhebung (a. 732). Man sieht bereits § 500, Z. 1 und 5 der deutschen C.P.O.

Was aber die Säumniß im Berufsverfahren betrifft, so ist bei Säumniß des Appellanten die Berufung „als unbegründet" zu verwerfen (a. 724, Z. 3), bei Säumniß des Appellaten dagegen ist „nach Lage der Sache zu erkennen"; insbesondere soll es dem gerichtlichen Ermessen anheimgestellt sein, inwieweit die von ihm gebrachten Thatsachen als richtig erscheinen (a. 726). Gegen das Versäumungsurtheil ist Einspruch statthaft und derselbe unterliegt den gewöhnlichen Regeln (a. 710, cf. 309 f.).

Die angeführten Kontumazialgrundsätze finden in dem Verfahren vor Handels- und Einzelgerichten einige Modifikation, denn hier ist der Prozeß Parteiprozeß (a. 78). Die Klage enthält bereits die Vorladung auf einen Sitzungstag (a. 501)[2]); ein Vorverfahren, ein Termin zur Hinterlegung von motivirten Anträgen findet nicht statt, eine Litiskontestation als entscheidender Punkt, welcher die Schneide bildet zwischen dem kontradiktorischen und dem Kontumazialverfahren, tritt nicht ein: es muß daher entweder eine jede Säumniß die Kontumazialfolgen herbeiführen, oder irgend ein anderer entscheidender Trennungspunkt gegeben werden. Die bayerische C.P.O. hat das letztere angenommen: die Kontumazialfolgen treten ein, wenn die Partei in der ersten Sitzung nicht erscheint, bezw. in der Sitzung, in welche die Sache zur Verhandlung vertagt wurde (a. 520), d. h. in einer Sitzung, welche anberaumt wurde, damit die Verhandlung stattfinde, welche in der ersten Sitzung nicht erfolgte. Ist dagegen in der ersten Sitzung verhandelt worden, und lediglich eine Sitzung zur Fortsetzung der

1) Barth II, S. 143.

2) Uebrigens kann auch sonst ein abgekürztes Verfahren bewilligt werden, so daß der Kläger unmittelbar zu einem bestimmten Termine ladet (a. 259).

begonnenen Verhandlung anberaumt, so bewirkt dieses Erscheinen in der ersten Verhandlung, daß nunmehr, auch im Falle des Ausbleibens, die Verhandlung contradiktorisch ist — ganz ebenso wie wenn beim ordentlichen Verfahren die Partei im Litiskontestationstermin erschienen wäre.[1])

Etwas Besonderes gilt für das Verfahren auf Ersatz des bei „Aufläufen verursachten Schadens", in welchem eine weitgehende Offizialprozedur stattfindet (a. 590 f.). Hier ist das Urtheil, auch wenn nur eine der Parteien erscheint, nach Maßgabe des Ergebnisses der Erhebungen zu erlassen (a. 599).[2])

VI. Das englische Kontumazialverfahren.[3])

Wie überhaupt, so kann namentlich im englischen Rechte das Kontumazialverfahren nur aus dem ganzen Bau des Verfahrens erkannt werden.

So wie sich der Prozeß aus der Verschmelzung des Law- und Equity-Prozesses entwickelt hat, verläuft das Verfahren wesentlich in drei Abschnitten — ganz entsprechend dem kanonisch-französischen Prozesse, nur daß diese Organisation sich wieder zu einer vom französischen Rechte abweichenden, individuell eigenartigen Bildung gewandelt hat.

Wie das erste Stadium im französischen Prozesse sich gestaltet als ajourner und comparaître, so erfolgt hier im englischen Prozesse der, das Wesentlichste des Klagbegehrens enthaltende[4]), writ of summons[5]) des Klägers und die appearance des Beklagten.[6])

Hierauf kommt, wie im französischen Prozesse der Schriftenwechsel, so im englischen die Auswechslung der pleadings: statement of claim, defence, reply, joinder issue[7]); an welche sich im englischen Prozesse

1) Schmitt II, S. 425.
2) Barth II, S. 129.
3) Vgl. Schuster, die bürgerliche Rechtspflege in England (Berlin 1887), insbesondere S. 143 f.; Andrews and Stoney, the Supreme Court of Judicature Acts (London 1885); Archbold's Practice of the Queen's Bench Division of the High Court of Justice, 14. Ed. by Chitty assisted by Leslie (London 1885); Tomlinson, the Judicature Acts (London 1883); Wilson, Supreme Court of Judicature Acts, 5. Ed. by Chalmers and Mackenzie (London 1886); Allen, Forms indorsements of writs of summons (London 1883); Brown, Practice of the Supreme Court (2. Ed., London 1885); Daniell, Chancery Practice, 6 Ed. by Field, Dunn and Ribton (London 1882 1884).
4) Der writ wird mit dem Wesentlichen des Klagbegehens indossirt.
5) Archbold I, p. 215 f., 223 f.
6) Archbold I, p. 251 f.
7) Formulare bei Allen p. 29 f., 36 f., 193 f., 199 f., 244 f.

das vom kanonischen Rechte in die Chancerypraxis eingedrungene Interrogatorien- und Urkundeneditionsverfahren anschließen kann.

Hierauf folgt die Hauptverhandlung, der trial, welche zum Urtheil führt.

Aber wie ganz anders ist die Gestaltung im Einzelnen! Der writ of summons wird bei Gericht eingereicht, gesiegelt; hierauf besorgt der Kläger durch eine Person, welche durch ein affidavit d. h. durch eidliche Versicherung Beweis geben kann, die Zustellung. Die appearance geschieht durch Einreichung einer Schrift bei Gericht. Die Aufstellung eines solicitor ist nicht obligat, der Beklagte kann erklären, die Sache selbst führen zu wollen.

Mit welch einfachen Mitteln dies geschieht, lehrt der Einblick in einen englischen Prozeß oder auch nur in die gesetzlichen Formulare.

Der writ of summons lautet[1]):

Victoria, by the Grace of God . . . .
to . . . . in the county of . . . .

We command you, That within eight days after the service of this writ on you, inclusive of the day of such service, you do cause an appearance to be entered for you in an action at the suit of A. B.; and take notice that in default of your so doing the plaintiff may proceed therein, and judgment may be given in your absence.

Die Indossirung ist (in den normalen Fällen des general indorsement) ebenfalls sehr einfach[2]):

The plaintiffs claim is for damages for breach of a contract to employ the plaintiff as traveller.

Die appearance geschieht gleichfalls sehr einfach[3]):

Between . . . . Plaintiff and . . . . Defendant

Enter an appearance for . . . . in this action; wobei zugleich der etwa aufgestellte solicitor bezeichnet wird.

Und wie sehr sich das Schlußverfahren eigenartig herausgebildet hat, theils mit, theils ohne jury, ist bekannt.

Entsprechend ist auch das Kontumazialverfahren durchaus eigenartig. Durchaus nicht in allen Fällen der non appearance ergeht ein Versäumungsurtheil, es ergeht nur in einer Anzahl von Fällen: nämlich bei den privilegirten Klagen: bei Geld-Restitutions-Rechnungslegungsklagen; und auch in diesen Fällen ergeht nicht immer ein Versäumungsendurtheil, sondern — sofern es wie bei Schädenklagen noch

1) Andrews and Stoney p. 517 f.; Allen p. 1.
2) Andrews and Stoney p. 537, Allen p. 4 f.
3) Andrews and Stoney p. 527 f.

einer Liquidation bedarf —, nur ein Versäumungszwischenurtheil.[1]) Im Falle des theilweisen Erscheinens und theilweisen Ausbleibens der Streitgenossen wird die Sache nicht zusammengenommen, sondern getheilt, und es ergeht gegen die einen Versäumungsurtheil, gegen die andern schreitet das Verfahren kontradiktorisch weiter.[2]) In den Fällen, wo kein Versäumungsurtheil ergehen kann, rückt das Verfahren einseitig weiter; Rules Order XIII, 3—12.

Das Versäumungsurtheil wird auch nicht in der öffentlichen Verhandlung erwirkt, sondern es wird einfach eingetragen. Keine Opposition mit festgeschlossenen Wirkungen findet gegen dasselbe statt, sondern ein Restitutionsbegehren ist statthaft; aber auch dieses ist etwas ganz anderes als das deutsche Restitutionsbegehren: es ist vielmehr dem Gerichte auf gestellten Antrag freigegeben, wie und nach welcher Seite es erkennen will, es ist gar keine Frist bestimmt — alles ist, in echt englischer Weise der ausgleichenden, das aequum jus im weitesten Sinne berücksichtigenden, Würdigung des Gerichts anheimgestellt. Die für das englische Recht charakteristische Bestimmung der Rules sei hier angeführt (Order XIII, r. 10): Where judgment is entered pursuant to any of the preceding Rules of this Order, it shall be lawful for the Court or a Judge to set aside or vary such judgment upon such terms as may be just.[3]) Aber wo die Gesetzgebung die Sache offen läßt, da schafft die Jurisprudenz ihre Normen; so hat die englische Jurisprudenz bereits den Satz entwickelt, daß dahin gewirkt werden muß, daß durch solche Restitution der Kläger keinen Schaden leide — damit nicht unter dem aequum jus des einen das aequum jus des andern geschmälert wird (Atwood v. Chichester).[4]) Der Richter hat eine Machtvollkommenheit, fast wie sie der römische Prätor besessen hatte. Eine Restitution pflegt ertheilt zu werden, wenn eine Entschuldigung beigebracht wird und dabei zugleich Vertheidigungsgründe angeführt und bescheinigt werden: es wird ein affidavit of merits verlangt.[5])

Das englische Verfahren läßt den défaut eintreten nicht nur faute

1) Schuster S. 143 f.; Archbold I, p. 259; Daniell I, p. 359 f.

2) Archbold I, p. 261 f.

3) Dies war schon vor der Rules geltendes Recht, Brown p. 375. Ist das Versäumungsurtheil ergangen, obgleich die Voraussetzungen desselben nicht gegeben waren, oder hat es der Kläger mala fide erwirkt, so wird es ohne weiteres bei Seite gesetzt; Daniell I, p. 364. 819; Entscheidungen bei Archbold I, p. 264. Doch kann die Unregelmäßigkeit gedeckt werden durch Unterwerfung des Beklagten, Archbold I, p. 265; Daniell I, p. 364.

4) Andrews and Stoney p. 143; Wilson, p. 212; auch Davis v. Ballenden cit. bei Archbold I, p. 265. 266.

5) Archbold I, p. 266 f., Daniell I, p. 363. 818.

de comparaître, sondern auch faute de plaider, d. h. auch im Fall der unterlassenen pleadings[1]); und zwar ist das Verfahren dem vorigen ganz analog, insbesondere werden auch hier die privilegirten Klagen ausgezeichnet (Rules XXVII, 2 f.), indem hier einfach ein Versäumungsurtheil eingetragen werden kann, wie im vorigen Falle; während sonst die Sache zur öffentlichen Sitzung gebracht werden muß, wo dann ein judgment erfolgt nach freiem richterlichen Ermessen. Dem Mangel eines pleading steht es gleich, wenn dasselbe nichtig d. h. inhaltslos ist oder nichts zur Sache gehöriges enthält; selbst ein pleading von offenbar chicanöser Natur kann zurückgewiesen und als nichtig behandelt werden.[2]) Ueber die Restitution gegen solche Versäumungsurtheile gelten die obigen Regeln.[3])

Die Folge der Säumniß des Klägers bei den pleadings ist folgende: reicht der Kläger keinen statement of claim ein, wo er ihn einreichen sollte, da kann seine Klage zurückgewiesen werden; betreibt er nach Schluß der pleadings nicht die öffentliche Verhandlung, so kann der Beklagte die öffentliche Verhandlung betreiben (was für ihn besonders dann von Interesse ist, wenn er eine Widerklage hat), oder er kann Abweisung der Klage beantragen, worauf das Gericht wiederum nach seinen Befinden verfährt, Rules Order XXVII 1, XXXVI 12.[4]) Die Abweisung ist absolutio ab instanstia; sie hindert nicht eine nochmalige Klagerhebung[5]); doch müssen vorher die Kosten der ersten Klage bezahlt werden, vgl. Order XXVI 1—4.[6])

Kommt es endlich zum trial und bleibt der Kläger aus, so wird er abgewiesen: diese Abweisung ist eine Sachabweisung, denn die Sache ist zur Verhandlung gebracht[7]), es ist eine Abweisung on the merits. Gegen den ausbleibenden Beklagten wird in eremodicio verhandelt, die Beweise in seiner Abwesenheit erhoben und nach Ausgang der Sache entschieden: also das Prinzip des französischen und italienischen Rechts. Gegen ein solches Urtheil kann eine Restitution begehrt werden, wie gegen ein sonstiges Versäumungsurtheil, es may be set aside; die Frist des Restitutionsantrages ist hier auf 6 Tage angegeben

1) Vgl. Schuster S. 147; Archbold I, p. 328 f., 757; Daniell I, p. 557 f.
2) Archbold I, p. 329. 330.
3) Wilson p. 311.
4) Schuster S. 149; Archbold I, p. 326. 327. Gewöhnlich bekommt der Kläger noch eine richterliche Nachfrist, Brown p. 370.
5) Entscheidungen re Orrel Colliery and Firebrick Co. bei Wilson p. 306 und bei Daniell I, p. 480. 555, II 2, p. 1959.
6) Vgl. Wilson p. 303 f.; Archbold I, p. 368; Daniell I, p. 555 f., II 2, 1942. 1959.
7) Daniell I, p. 480. 555. 691. 789.

(XXXVI, 31—33). Uebrigens ist auch schon in dringenden Fällen eine Erweiterung der Frist gewährt worden (Michell v. Wilson).[1])

Die Appellation gegen ein Versäumungsurtheil ist nicht ausgeschlossen, doch soll sie nicht begünstigt werden.[2]) Gegen die Verwerfung des Restitutionsbegehrens ist Berufung statthaft.[3])

Anhang.

Den englischen Rules entsprechen die Rules des Supreme Court von Queensland. Mir liegen die Rules von 1884 vor, so wie sie in dem in der Note citirten Werke von Harding[4]) gegeben sind.

Auch hier findet sich der indossirte writ of summons (Order II, 1 f.), die appearance (Order XII, 1 f.), die pleadings mit dem statement of claim, mit defence, joinder of issue (Order XIX—XXV), der trial (Order XXXV). Entsprechend sind auch die Säumnißarten: von Seiten des Beklagten Versäumung der appearance, der pleadings, des trial; von Seiten des Klägers: Versäumung des statement of claim, Säumniß in der Ladung zum trial, Säumniß in dem Erscheinen im trial. Auch hier sind die Folgen der Säumniß des Beklagten bezüglich der appearance und der pleadings verschieden, je nachdem es sich um die privilegirten Klagen handelt oder nicht; bezüglich der ersteren erfolgt Urtheil und zwar Schlußurtheil oder Zwischenurtheil (Order XIII 5, 6 und 7, XXIX 2, 4 und 7), sonst, bei Mangel von appearance, Weiterschreiten des Prozesses (Order XIII 9), bei Mangel der pleadings Antrag auf Urtheil in der Verhandlung, motion for judgment (Order XXIX 10); bei Nichterscheinen des Beklagten im trial tritt stets eremodicium ein, d. h. der Kläger beweist, was zu beweisen ist, worauf Urtheil ergeht (Order XXXV 20). Ein default Urtheil der einen oder anderen Art kann auf Antrag durch das Gericht bei Seite gesetzt werden (Order XXIX 14); auch hier heißt es (Harding p. 601): Any judgment by default whether under this order or under any other of these rules may be set aside by the court or a judge upon such terms as to costs or otherwise as such court or judge may think fit. Aehnlich XXXV 22.

Die Folge der Säumniß des Klägers, bezüglich des statement of claim, bezüglich der Ansetzung des trial, bezüglich des Erscheinens im

1) Andrews and Stoney p. 308.
2) Entscheidungen Vint v. Hudspith bei Wilson p. 377.
3) Daniell I, p. 690 und die hier citirten Entscheidungen Burgoine v. Taylor.
4) Harding, Acts and Orders relating to the Jurisdiction, Practice and Pleading of the Supreme Court of Queensland (Brisbane 1885). Vgl. auch Cooper, Statutes in force in the Colony of Queensland (1881) II p. 1436 f.

trial ist der dismissal; er ist jedoch mehr oder minder dem richterlichen Ermessen anheimgestellt (Order XXIX 1, XXXV 4[a], XXXV 21), im zweiten Fall kann der Beklagte auch die Ansetzung des trial betreiben (XXXV 4).

In allen diesen Beziehungen muß auf das obige verwiesen werden.

VII. Das Kontumazialverfahren nach dem Anglo-Indian Code of civil procedure.

Das englische Prozeßverfahren hat so viele nationale Eigenthümlichkeiten, daß es nicht ohne weiteres in die indischen Verhältnisse verpflanzt werden konnte.

Es setzt ein Richterpersonal voraus, wie es nicht überall existirt; es giebt dem aequum jus gegenüber dem stricten Prozeßrechte eine Ueberkraft, welche unter andern Verhältnissen zur Sprengung des Prozeßinstitutes führen könnte.

Um so mehr ist die gesetzgeberische Kraft zu bewundern, welche für den so verschiedenartigen Kolonialstaat Indien eine Prozeßordnung schaffen konnte, die, ohne völlig die Elasticität des englischen Verfahrens zu verläugnen, das englische Recht doch wesentlich an Geschlossenheit übertrifft und den Prozeß in mehr gebundener Route sich entwickeln läßt.

Das indische Prozeßverfahren war ehemals auf den Code von 1859 gebaut; nach verschiedenen Aenderungen trat das Gesetzbuch von 1882 in Kraft, welches, allerdings mit einigen späteren Modifikationen, nunmehr das indische Gerichtsleben beherrscht.[1]

Wie in England, wird die Einleitungsschrift des Klägers bei Gericht eingereicht (s. 48) und registrirt (s. 58)[2], hierauf wird eine gerichtliche Ladung erlassen und diese dem Beklagten auf gerichtliche Anordnung zugestellt (s. 64. 72 f.). Die Ladung erfolgt auf einen gerichtlich bestimmten Termin; hierbei soll berücksichtigt werden, daß der Beklagte genügende Zeit zur Vertheidigung hat; what shall be deemed "sufficient time" must be determined with reference to the circumstances of the case (s. 69). Bezüglich des Erscheinens und Nichterscheinens gilt nun aber folgendes:

---

1) Dasselbe findet sich in Stokes, Anglo-Indian Codes II, p. 441 f. Einleitung dazu p. 381 f.

2) Die Einleitungsschrift ist in Indien der plaint; derselbe muß nicht nur ein bestimmtes Begehren enthalten, sondern auch a plain and concise statement of the circumstances constituting the cause of action, and where and when it arose (s. 50); derselbe soll — und dies ist eine sehr beherzigenswerthe Bestimmung — be verified at the foot by the plaintiff or by some other person proved to the satisfaction of the Court to be acquainted with the facts of the case.

Erscheint der Beklagte nicht, so findet ein ex parte Verfahren, also ein eremodicium statt; in diesem Verfahren kann aber der Beklagte nachträglich eintreten, sofern er sein Nichterscheinen entschuldigt (s. 100. 101).

Erscheint der Kläger nicht, so wird die Klage abgewiesen, und zwar nicht bloß durch absolutio ab instantia, sondern durch Sachabweisung: die abgewiesene Klage darf nicht mehr erhoben werden; erkennt jedoch der Beklagte die Klage an, so ergeht gegen ihn — trotz Abwesenheit des Klägers — Verurtheilung (s. 102. 103).

Erscheinen beide Theile nicht, so kann das Gericht gleichfalls die Abweisung des Klägers verfügen; jedoch ist dann diese Abweisung lediglich absolutio ab instantia: diese Abweisung hindert die neue Erhebung der Klage nicht (s. 98. 99).

Eine solche absolutio ab instantia tritt auch ein, wenn der Kläger die Gerichtsgebühren nicht bezahlt und in Folge dessen die Ladung nicht vollzogen wird (s. 97); und ebenso dann, wenn die Ladung dem Beklagten nicht zugestellt werden konnte und der Kläger nicht innerhalb eines Jahres unter Bezeichnung der Adresse die Möglichkeit der Zustellung gewährt und diese Zustellung beantragt, oder innerhalb dieser Zeit erweist, daß er sich redliche Mühe gegeben hat, die Zustellung zu ermöglichen (s. 99a).[1]

Eine Kontumazirung des Beklagten in dem ex parte Verfahren tritt natürlich nur dann ein, wenn dem Beklagten die Ladung zugekommen und dieses genügend erwiesen ist (s. 100). Auch wenn ihm die Ladung zugestellt wurde, kann das Gericht das Kontumazialurtheil verweigern und einen neuen Termin ansetzen, wenn es findet, daß der angesetzte Termin zu kurz gewesen ist (s. 100).

Die Abweisung des Klägers, sei es die Sachabweisung, sei es die absolutio ab instantia, heißt dismissal. Gegen diesen, gemäß s. 97 bis 99. 102. 103, ausgesprochenen dismissal hat der Kläger das Recht, unter Anführung eines Entschuldigungsgrundes Restitution zu begehren, er kann einen Antrag auf einen order to set aside the dismissal einreichen; der Antrag muß innerhalb 30 Tagen, von dem dismissal an, zugestellt werden, s. 99 und Limitation Act 1877 s. 4 f. schedule II nr. 163.[2])

Ebenso hat der Beklagte gegen das ex parte Urtheil das Recht der Restitution, sofern die Ladung ihm nicht gesetzmäßig zugestellt ist

1) Ebenso dauert der englische writ of summons ein Jahr.

2) Die Limitation Act findet sich bei Stokes, Anglo-Indian Codes II, p. 957 f.; vgl. insbesondere bezüglich dieses und des folgenden p. 960 f., 999.

oder er einen genügenden Verhinderungsgrund hatte (s. 108). Auch hier ist die Restitutionsfrist 30 Tage; diese Frist datirt aber — und darin zeigt sich eine merkwürdige Analogie zum französischen Rechte — von der Zeit, in welcher ein Exekutionsakt gegen den Säumigen vorgenommen wurde (the date for executing any process for enforcing the judgment). Ein Exekutionsakt ist erforderlich, damit die Frist läuft: eine bloße gerichtliche Aufforderung, etwa nach Maßgabe von s. 248 würde nicht genügen.[1]) Es genügt aber, damit die Frist beginnt, ein Vollstreckungsakt, z. B. die Pfändung; die Durchführung der Vollstreckung ist nicht erforderlich.[2])

Gegen den Ablauf der Restitutionsfrist kann wiederum Restitution begehrt, d. h. eine verspätet eingereichte application kann berücksichtigt werden, wenn ein genügender Hinderungsgrund nachgewiesen wird, Limitation Act s. 5; und wenn die betreffende Person prozeßunfähig war (minderjährig, wahnsinnig), so beginnt die Restitutionsfrist erst von dem Momente, wo diese Hinderungsgründe aufhören, Limitation Act s. 7. Ebenso beginnt die Restitutionsfrist erst von einem späteren Momente, wenn der Restitutionsberechtigte durch dolose Mittel des Gegners an der application gehindert worden ist, Limitation Act s. 18.

Der Ablauf der Frist wirkt ipso jure, es bedarf keiner Geltendmachung derselben von der Gegenseite her, Limitation Act s. 4.

Den Fall der mehrerer Streitgenossen und der Partialversäumniß entscheidet der Code of civil procedure mit der dem englischen Rechte eigenen Elasticität. Erscheint von mehreren klägerischen Streitgenossen einer, so kann das Gericht dem Verfahren seinen Lauf geben, wie wenn sämmtliche erschienen wären, and pass such order as it thinks fit (a. 105). Und was die Beklagtenseite betrifft, so verhandelt das Gericht, wenn auch nur einer der Beklagten erschienen ist, und es kann make such order as it thinks fit with respect to the defendants who do not appear (a. 106).

VIII. Zum deutschen Kontumazialverfahren.

Das vorstehende hat uns die bewunderungswerthe Triebkraft der Ideen des kanonischen Prozesses gezeigt: „Erscheinen, comparsa, com-

1) So die Calcutta-Entscheidung cit. bei Stokes II, p. 999. Nach s. 248 soll in gewissen Fällen, insbesondere wenn mehr als 1 Jahr seit dem richterlichen Erkenntniß verflossen ist, dem Beklagten vor der Exekutionsverfügung eine Benachrichtigung zukommen mit der Aufforderung, innerhalb bestimmter Zeit seine etwaigen Einwendungen zu bringen.

2) So die Allahabader-Entscheidung bei Stokes II, p. 999.

paraître, appearence, Litiskontestation", und neben dem Ordinarverfahren ein extraordinäres, welches über die alten Formen hinwegzustürmen strebt. Von diesen Ideen ist das Kontumazialverfahren getragen. Der ursprüngliche Gedanke des kanonischen Rechts von der Nothwendigkeit des Erscheinens und der Litiskontestation ist allüberall in die Bahn eingetreten, welche man mit dem Verfahren des Sine strepitu judicii und der Clementina Saepe und Dispendiosam betreten hatte: keine Erscheinungspflicht, sondern einseitige Prozeßwirkung der Klage, welche durchschlägt, auch wenn der Beklagte nicht erscheint, welche auch ohne dessen Mitwirkung zum Ziele führt; und von den ursprünglichen Zwangsmitteln gegen den Beklagten bleibt als Rest übrig im spanischen Recht der Vermögensbeschlag. Nunmehr entwickelt sich das eremodicium in der verschiedensten Weise, mit größerer oder geringerer Elasticität, die Folgen sind bald strenger, bald laxer, und die Entwickelung bleibt nicht konstant; mit der Strenge wechselt Milde, mit der Milde Strenge. Die verschiedenartige Gliederung des Verfahrens bedingt ebenfalls wichtige Unterschiede, für den Fall, daß Säumniß erst in späterem Termin stattfindet. Gegen die Säumniß gilt bald das Restitutionsverfahren, bald sind die Termine zunächst dilatorisch, bald entwickelt sich aus den dilatorischen Terminen das Recht der Opposition. Allüberall reges Leben, reiche Entwickelung; der Occident trägt seine Prozeßgedanken in den fernen Osten, und der Osten trägt sie in die Gebiete des fernen Westens. So steht unser Verfahren inmitten eines reichen Entwickelungskreises und unsere Prozeßinstitute sind genährt von Ideen, welche unsere gesammte Kulturwelt durchziehen.

Darum müssen wir unseren Prozeß im Spiegel der Kulturentwickelung betrachten, und es muß sich zeigen, inwiefern in den Bestimmungen des deutschen Rechts eine richtige Fortbildung zu erblicken und wo ein Abgehen von der betretenen Bahn zu befürworten ist.

Ziehen wir nun aus dem Entwickelten einige Folgerungen für das deutsche Recht, so werden wir zwar die Bestimmung, daß bei Kontumaz des Beklagten die Klagthatsachen als zugestanden zu erachten sind, als angemessen erachten; wir werden aber zugleich erkennen, daß damit die äußerste Grenze erreicht ist und daß eine Ausdehnung der Kontumazialfolgen bis auf Zuerkennung des Anspruchs bedeutend über das Ziel schießen würde[1]); wir werden erkennen, daß

1) Ueber den Unterschied zwischen Thatsachenzugeständniß und Anspruchsanerkennung vgl. auch Cassationshof Rom 27. Mai 1886, Monitore delle Leggi 1886, p. 300.

auch der Erfolg der Feststellung zu beschränken ist auf solche Fälle, wo das Gegentheil nicht notorisch ist, und daß das Gericht soweit zu cognosciren hat, daß es auf der Hut ist, nicht unsittlichen und unerlaubten Ansprüchen Thür und Thor zu öffnen.[1])

Ferner werden wir es angemessen finden, daß, wenn das deutsche Recht nicht zwei Anfechtungsmittel nämlich Appellation und Opposition miteinander cumulirt, es doch so auszulegen ist, daß womöglich das eine Mittel gewährt wird, d. h. daß das Hülfsmittel der Appellation in Fällen, wo die Opposition cessirt, möglichst auszudehnen ist; denn das entspricht dem Gange der Entwickelung. Daher habe ich schon lange in meinen Kollegien die Anschauung vertreten: § 302 C.P.O. ist so auszulegen, daß im Falle einer force majeure das Versäumungsurtheil objektiv unberechtigt ist, daß der Richter, wenn er von der force majeure völlig überzeugt ist, die Pflicht hat, ein Versäumungsurtheil nicht zu erlassen.[2]) Denn der Schein der fakultativen Fassung in § 302 rührt nur daher, daß der Richter die Freiheit hat, das Versäumungsurtheil auch dann zu unterlassen, wenn er in dieser Beziehung auch keine volle Ueberzeugung geschöpft hat, sondern nur das betreffende Hinderniß als wahrscheinlich erachtet: eine den Umständen völlig angemessene Erweiterung richterlicher Freiheit.

Daraus aber, daß im Falle der force majeure das Versäumungsurtheil objektiv unberechtigt ist — mag es auch sein, daß den Richter nicht das mindeste Verschulden trifft und daß daher dem Richter auch nicht der mindeste Vorwurf zu machen ist — daraus geht nun von selbst hervor, daß zwar auch hier regelmäßig die Berufung ausgeschlossen ist: denn die Opposition, der Einspruch ist ja ein genügendes Heilmittel; wohl aber muß angenommen werden: wenn ausnahmsweise die Opposition ausgeschlossen ist, wenn also das durch force majeure verursachte Versäumungserkenntniß ein zweites strenges Versäumungserkenntniß im Sinne des § 310 C.P.O. war, so kann in diesem Falle das objektiv ungerechtfertigte Versäumungserkenntniß durch die Berufung angefochten werden; denn hier liegt ein Fall vor, wo die Versäumung objektiv zu Unrecht ausgesprochen worden ist, § 474 C.P.O. Vgl. das Beispiel in meinen Civilprozeß. Rechtsaufgaben Nr. 1.

Ein weiteres Ergebniß ist es, daß unsere deutsche C.P.O. in der

---

1) Vgl. meine Abhandlungen in Gruchot's Beiträgen XXXI S. 2 f. und Prozeß als Rechtsverhältniß S. 27 f., 32 f.

2) Dem Claudius wurde zum Vorwurf gemacht, daß er: absentibus secundum praesentes facillime dabat, nullo delectu, culpane quis an aliqua necessitate cessasset; Sueton, Claudius c. 15.



Gestattung der Kontumazirung und zwar der Totalkontumazirung sehr weit geht; daß insbesondere der Satz, daß ein Ausbleiben in einem jeden, auch einem fortgesetzten Verhandlungstermin, zur totalen Kontumazirung führt und die ganze seitherige Verhandlung auslöscht, weit über die Behandlungsweise der übrigen Prozeßgesetze hinausgeht. Mit dieser Bestimmung des deutschen Gesetzes ist darum auch die äußerste Grenze erreicht und es ist Sache der Interpretation, hier eher zurückzuhalten, als die Sache auszudehnen. Darum muß gesagt werden, daß zwar nach einem Zwischenurtheile noch ein totales Versäumungserkenntniß folgen kann, nicht aber nach einem bedingten Endurtheile und nicht nach einem Vorbehaltsurtheile. Denn während das Zwischenurtheil noch nicht die ganze Sache umfaßt und in seiner Entscheidung diese Umfassung der ganzen Sache gar nicht intendirt, so soll das Vorbehaltsurtheil und das bedingte Endurtheil die ganze Sache in entscheidender Weise behandeln, wenn auch so, daß diese Entscheidung intensiv noch einiges übrig läßt, wenn auch so, daß die Entscheidungskraft noch keine totale ist, wenn auch so, daß sie nicht kategorisch ist, sondern eine mehr oder minder problematische bleibt. Ist aber, wenn auch nur problematisch, die ganze Sache erfaßt, so kann von einem totalen Versäumungserkenntniß nicht mehr die Rede sein, sondern das Versäumungserkenntniß kann sich lediglich auf diejenigen Punkte beziehen, welche noch die kategorische Erledigung in suspenso halten; also beim Eidesurtheil die Eidesleistung, beim Vorbehaltsurtheil der Vorbehalt. Wie sich die Sache verhält, wenn der Schwurpflichtige nicht erscheint, bedarf keiner Ausführung (§ 430 C.P.O.). Erscheint der Gegner des Schwurpflichtigen nicht, so wird der Eid abgenommen und wird sodann auf Grund des abgenommenen Eides erkannt; und der Nachtheil der Versäumniß liegt lediglich darin, daß das Gericht auf Grund des Vorliegenden entscheidet und daß der Säumige mit demjenigen Vorbringen ausgeschlossen ist, welches den Richter davon überzeugen soll, daß, unerachtet der Leistung des Eides, die Bedingung des Urtheils nicht erfüllt worden ist. Sollte aber der Eid verweigert werden, so tritt die Folge der Eidesweigerung ein, auch wenn der andere Theil im Termine nicht erschienen ist; das Gericht urtheilt auf Grund der Eidesweigerung; es bedarf keiner accusatio contumaciae, keines Gegenantrags, auf daß das Gericht eine wirkliche Eidesweigerung als Eidesweigerung behandle.[1])

Die angeführte Frage nimmt eine besonders interessante Wendung

1) Vgl. namentlich Wilmowski und Levy S. 604 f.

an, wenn es sich um den Fall handelt, daß ein Urtheil auf Eid ergangen ist und wegen Tod des Schwurpflichtigen der Prozeß noch einmal angeknüpft wird (§ 433). Mit Recht hat das Reichsgericht 15. Mai 1885 (Entsch. XIII, S. 379) angenommen, daß in solchem Falle der Prozeß nur bezüglich des in den Eid gestellten Punktes neu angeknüpft wird, indem ja die übrigen Punkte mit dem Eidesurtheil qua Endurtheil erledigt sind Daher kann auch das neu engagirte Verfahren nur den Punkt in Schwebe ziehen, welcher Gegenstand des zugeschobenen Eides war; es verhält sich hier ähnlich wie bei dem Eidesleistungsverfahren, nur daß hier der Beweis nicht durch Eid, sondern durch andere Mittel zu führen ist. Mithin kann auch die Versäumung nur dahin führen, daß die Thatsache als bewiesen oder als nicht bewiesen angesehen wird: als bewiesen oder als nicht bewiesen, je nachdem der Gegner des Beweispflichtigen oder der Beweispflichtige säumig ist. Dies gilt, ohne Rücksicht, ob das Verfahren in erster oder in zweite Instanz schwebt [1])

Was aber das Vorbehaltsurtheil betrifft, insbesondere das Vorbehaltsurtheil der §§ 562. 563, so wird darüber unten S. 120 f. gehandelt werden.[2])

Ein weiterer Punkt ist es endlich, daß, wenn auf Grund der Opposition geurtheilt wird und das neue Urtheil das Versäumungsurtheil bestätigt, hierin zwar formell ein neues Urtheil liegt, aber ein Urtheil lediglich mit dem Gehalte des früheren; weshalb in solchem Falle der Gehalt des früheren Urtheiles, der profit der Kontumaz zu Gunsten des Klägers bestehen bleibt. Wenn daher auf Grund des Versäumungsurtheils Hypothekeneinträge erfolgt sind, so bleiben sie erfolgt; und wenn etwa der Kläger gegen das Versäumungsurtheil deshalb, weil es nur theilweise zu seinen Gunsten lautete, die Berufung eingelegt hat, so bleibt sie eingelegt, auch wenn unterdessen ein Oppositionsverfahren stattgefunden und in demselben das Versäumungsurtheil bestätigt worden ist. Man könnte hier allerdings noch den Grund als Hauptgrund bringen, daß die Berufung ja nicht gegen das Versäumungsurtheil qua Versäumungsurtheil, sondern nur gegen denjenigen Theil des Urtheils gerichtet sei, welches den Kläger mit einem Theile seines Anspruchs abweist. Doch würde dieses Argument auf einem wesentlichen Irrthum beruhen, zu dessen Bekämpfung folgendes darzulegen ist.

Aus dem Vergleiche der verschiedenen Rechte wird zur Genüge

1) Vgl. auch das Naumburger Urtheil v. 9. Februar 1888 Z. f. Civ. Proz. XIII S. 388.

2) Ueber den Charakter desselben vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 137 f.

hervorgegangen sein, wie sehr es begründet ist, wenn ich zwischen dem Versäumungsurtheil als der Konstatirung der Versäumung bezw. der durch die Versäumung herbeigeführten prozessualischen Situation einerseits und dem schließlichen Endurtheil als dem der Versäumniß entsprechenden Sachurtheil andrerseits unterscheide; dies ist um so wichtiger, als man sich in Deutschland gewöhnt hat, nicht nur beides formal zu verbinden, sondern auch beides als eine materielle Einheit zu behandeln, woraus eine Reihe irriger Konsequenzen sich ergeben hat. So hat man insbesondere meiner Behauptung, daß dem säumigen Beklagten auch gegen das Urtheil, welches den Kläger wegen rechtlicher Unbegründetheit der Klage abweist, der Einspruch zustehe, eingeworfen, daß ein solches die Klage ablehnendes Urtheil gar nicht ein Versäumungsurtheil sei; völlig unrichtig: es beruht ebenso wie ein den säumigen Beklagten verurtheilendes Erkenntniß auf der Feststellung, daß der Beklagte säumig war und ist darum ein auf Säumniß gebautes, also ein Säumnißurtheil. Die Säumniß bleibt bestehen, sofern und soweit der Säumige dieselbe nicht mit dem Hülfsmittel des Einspruchs wieder aufhebt; darum kann in zweiter Instanz nur auf Grund der durch die Säumniß herbeigeführten prozessualischen Situation geurtheilt werden.

Daraus ergiebt sich, daß das Einspruchsverfahren sich auf den vollen Gehalt des Urtheils bezieht, mag dasselbe dem Kläger günstig oder ungünstig sein und daraus kann sich allerdings der Zweifel entwickeln, ob nicht eine vom Kläger eingelegte Berufung durch den Einspruch gegenstandslos gemacht werde; dies ist nicht der Fall, wenn schließlich das contradiktorische Urtheil mit dem Säumnißurtheil übereinstimmt, weil ein solches Urtheil lediglich den materiellen Gehalt des Säumnißurtheils in sich aufnimmt.

Aus dieser Betrachtung des Säumnißurtheils und des Einspruchs ergiebt sich ferner die wichtige Konsequenz: da durch den Einspruch die Säumnißsituation entfernt wird, so unterliegt die Sache nunmehr der freien und ungebundenen Würdigung des Richters. Der Richter kann daher jetzt auch ein Urtheil fällen, welches dem Beklagten ungünstiger und dem Kläger günstiger ist, als das Versäumungsurtheil; der Kläger kann neue Thatsachen bringen, welche auf die Sache ihr Licht werfen, er kann die Sache durch seine Beweise in eine ganz neue Beleuchtung stellen; er kann sein Klagbegehren ergänzen, er kann es ändern, sofern und soweit eine Aenderung der Klage im Erstinstanzverfahren überhaupt zulässig ist. Der Einspruch ist kein Rechtsmittel in dem Sinne, daß er ein Urtheil bloß nach bestimmter Richtung hin

in Frage setzt; der Einspruch hat die ganze Prozeßlage zu verschieben und dem Richter die Möglichkeit zu geben, nunmehr kontradiktorisch, auf Grund der besseren Information, welche ihm das kontradiktorische Verfahren gewährt, die Sache zu prüfen und zu entscheiden. Daher heißt es, daß durch den Einspruch die Sache in die Lage versetzt wird, in welcher sie sich vor Eintritt der Versäumniß befand (§ 307). Dies ist auch im höchsten Grade sachgemäß; das französische Recht tendirt in neuerer Zeit nach dieser Auffassung, und in der bayerischen C.P.O. ist sie, wie oben gezeigt, zur ausdrücklichen Anerkennung gelangt. Es ist dies sachgemäß: denn wäre es entsprechend, auf Grund des Einspruchs ein kontradiktorisches Verfahren zu pflegen, bei welchem das Versäumungsurtheil als ein beschränkendes Element mit fortgeschleppt wird, so daß der Richter der durch das kontradiktorische Verfahren neu geschaffenen Ueberzeugung nur theilweise stattgeben könnte? etwa wenn sich jetzt der Vollanspruch des Klägers, den er zur Hälfte abgewiesen hatte, in seiner vollen Sicherheit ergäbe. Wäre es ein richtiges Verfahren, wenn nunmehr der Richter trotzdem lediglich das Versäumungsurtheil bestätigen dürfte und der Berufungsinstanz es überlassen müßte, eine Korrektur zu geben, die er mangels der Gebundenheit an das Versäumungsurtheil nicht geben kann?

Es ist begreiflich, daß bei eigentlichen Rechtsmitteln das Prinzip der relativen Rechtskraft gilt, sofern diese Rechtsmittel von der Unterstellung einer bereits völlig geführten Sachverhandlung ausgehen und das Interesse des Rechtsmittelergreifers in erster Reihe steht; es ist dies umsomehr entsprechend, als ja das Rechtsmittelergreifen beiden Theilen zusteht und auf solche Weise von beiden Seiten die Pforte zur Neuprüfung und Neuverhandlung eröffnet werden kann. Ganz anders verhält es sich mit dem Einspruch; dem Einspruch geht nur eine auf unvollständigem, einseitigem Material beruhende Kognition voraus; das kontradiktorische Verfahren kann nur von dem säumigen Beklagten, nicht von seinem Gegner eröffnet werden, der Kläger hat nur die Berufung: es würde daher, falls die Grundsätze der einseitigen Rechtskraft und die Prinzipien der Rechtsmittel gelten würden, kraft Nothwendigkeit eine Zerspaltung der Verhandlungen und ein Auseinanderreißen des Prozeßprüfungsmateriales stattfinden: über das eine Material wäre in der Einspruchs-, über das andere Material in der Berufungsinstanz zu entscheiden — ein Verfahren, welches in keiner Weise als sachgemäß und als den Zwecken des Prozesses entsprechend erachtet werden könnte.

Die Frage endlich, ob der Kläger, welcher gegen den ihm un-

günstigen Theil des Versäumungsurtheils keine Berufung eingelegt hat, späterhin — mit neuer Frist — Berufung einlegen kann gegen das kontradiktorische Urtheil; ob er es kann, wenn es mit dem Versäumungsurtheil ganz oder theilweise übereinstimmt: ist zu bejahen; denn hat dieses kontradiktorische Urtheil auch den Gehalt des Versäumungsurtheiles in sich aufgenommen, so ist es doch formell ein neues, ein auf neuer Sachprüfung beruhendes Urtheil.

Das Richtige ist daher: die gegen das ungünstige Versäumungsurtheil eingelegte Berufung des Klägers bleibt trotz des Einspruchs des Beklagten bestehen, sofern und soweit das Versäumungsurtheil vom kontradiktorischen Urtheil bestätigt und in dasselbe aufgenommen wird; andrerseits steht es aber auch dem Kläger zu, gegen das kontradiktorische Urtheil, auch sofern es eine Bestätigung des Versäumungsurtheiles enthält, die Berufung in neuer Frist einzulegen, selbst wenn gegen das Versäumungsurtheil die Berufung nicht eingelegt worden ist. Vorsichtiger ist natürlich das erstere, insbesondere da die Jurisprudenz sich hier erst festsetzen muß; es ist um so vorsichtiger, als der Kläger ja nicht zum Voraus wissen kann, ob der Beklagte den Einspruch einlegt, und bei dem Abwarten kostbare Zeit verstreichen kann.

Daß durch unsere Anschauung der § 486 C.P.O. in ein neues Licht tritt, ist bereits anderwärts (Prozeß oder Rechtsverhältniß S. 69) bemerkt worden.

Was das Versäumungsverfahren bei einer Mehrheit von passiven Streitgenossen betrifft, die theils erscheinen, theils ausbleiben, so ist es sachgemäß, wenn man mit der deutschen C.P.O. zwischen dem Fall der formellen und der materiellen Streitgenossenschaft unterscheidet; nur darf der Begriff der materiellen Streitgenossenschaft, d. h. derjenige, bei welcher nach den Postulaten des Rechts das Urtheil gegen sämmtliche Streitgenossen gleichheitlich ausfallen soll, nicht zu eng gezogen werden.[1]) Daß bloß im letzteren Fall eine Junctur stattfindet, während im ersten Fall die Behandlung der verschiedenen Streitgenossen eine getrennte ist: gegen die einen kontradiktorisches, gegen die andern Kontumazialverfahren, ist zu billigen. Was aber die Junctur des Verfahrens bei der materiellen Streitgenossenschaft angeht (§ 59 C.P.O.), so wäre es wünschenswerth, daß auch in Deutschland der säumige Theil noch ein zweites Mal geladen würde, worauf dann erst, gegenüber sämmtlichen Streitgenossen kontradiktorisch entschieden wird; denn dadurch wird vermieden, daß der aus Versehen

1) Prozeß als Rechtsverhältniß S. 102 f.

abwesende Streitgenosse an ein Urtheil gekettet wird, welches auch für ihn ein kontradiktorisches ist und daher nicht durch Einspruch, höchstens durch Rechtsmittel angefochten werden kann: die doppelte Ladung ersetzt dann die Vorsichtsmaßregel, welche bei dem Versäumungsverfahren darin besteht, daß nach dem ersten défaut, kraft des Einspruchs, ein zweites Verfahren begehrt werden kann; es ist dies das gleiche Vorsichtsmittel, welches das französische Recht statuirt und welches auch die deutsche C.P.O. in § 578 angenommen hat.

Auf solche Weise zeigt sich das Verfahren der deutschen C.P.O. als Ausfluß von Rechtsgedanken, welche unsere ganze Kulturwelt durchziehen. Diejenigen zwei Rechte, welche hauptsächlich unserem Kontumazialverfahren die Richtung gegeben haben, sind das kanonische Recht und die französische Prozeßordnung von 1667, aus welcher der Code de procédure erwachsen ist.

Ueber den vermeintlichen Feststellungsanspruch.

I.

Mit Befriedigung kann ich konstatiren, daß die Anschauungen, welche ich an verschiedenen Stellen über das Wesen der Feststellungsklage geäußert habe, allmählich immer mehr an Boden gewinnen und daß die doktrinellen unpraktischen Gespinnste, welche sich bei dem leider allzu starken Doktrinarismus der deutschen Prozeßwissenschaft um das Institut gelegt haben, zu verschwinden beginnen. Bereits in meiner Abhandlung, Kritische Vierteljahrsschrift N. F. III. S. 382 f., habe ich Front gemacht gegen die Anschauung, welche den Unterschied zwischen Feststellungs- und Anspruchsurtheil darin erblickt, daß es sich bei der Feststellung lediglich um Klärung des Rechtszustandes handle, bei Anspruchsurtheil aber noch um eine besondere Kompelle, um einen besonderen Befehl des Gerichts, auf Grund dessen die Vollstreckung zu erlangen sei. Das Urtheil begründet keine neue Pflicht, es deklarirt nur die vorhandene, und nicht deshalb ist das Urtheil vollstreckbar, weil es ein neues Gebot ertheilt, sondern weil es das vorhandene Recht außer Zweifel setzt. Somit ist von selbst gegeben, daß der Unterschied zwischen Anspruchs- und Feststellungsurtheil nur darin liegen kann, daß in dem ersteren ein vorhandener Anspruch

deklarirt wird, in dem letzteren dagegen ein erst künftiger Anspruch oder bloß ein Rechtsverhältniß, aus welchem Ansprüche hervorgehen können. Und daraus ergiebt sich völlig klar, warum zur Feststellungslage etwas besonderes gehört. Daß präsente Ansprüche verfolgt werden können, ist völlig normal; künftige Ansprüche in den Prozeß zu ziehen, würde zu unerträglichen Belästigungen führen, wenn es hier keine Schranke gäbe: Niemand könnte sich sonst schließlich der Verurtheilung entziehen. Und noch mehr gilt dies von einem Rechtsverhältnisse, aus welchem unbestimmt welche Ansprüche allenfalls hervorgehen können: darum das Erforderniß des rechtlichen Interesses.

Daraus ergiebt sich von selbst, daß auch Feststellungsurtheile vollstreckbar sein können, und in meine Civilprozeß-Rechtsaufgaben Nr. 17 S. 10 wurde darum ein Fall aufgenommen, um die Ansicht, als ob aus einem Feststellungsurtheil keine Vollstreckung erfolgen könne, ad oculos zu widerlegen. Wenn das Feststellungsurtheil einen künftigen Anspruch deklarirt, so ist damit ein vollstreckbarer Titel geschaffen, welcher, nur eben in Zukunft, nach Eintritt des Kalendertages und nach Erfüllung der etwaigen Bedingung, zur Vollstreckung gebracht werden kann. In welcher Weise der Eintritt des dies und der conditio zu konstatiren sind, bedarf keiner Ausführung (§ 672. 664 C.P.O.). Nur wenn es sich um Feststellung eines bloßen Rechtsverhältnisses oder um Feststellung der Echtheit einer Urkunde handelt, ist es anders, da hiermit doch höchstens ein Präjudizialpunkt eines Anspruchs deklarirt ist und nur Ansprüche zur Vollstreckung gebracht werden können; vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 36 f. — Desgleichen habe ich, was dingliche und quasidingliche Verhältnisse betrifft, bereits in der Kritischen Vierteljahresschrift a. a. O. S. 384 darzuthun gesucht, daß hier Feststellungsklage und Negatoria oft hart aneinander heranrücken, und daß der Unterschied daraus zu entnehmen ist, daß im einen Fall eine wirkliche Störung vorliegen muß, im anderen eine Thätigkeit, welche, ohne Störung zu sein, geeignet ist, den Rechtsstand zu erschüttern; und dieses habe ich für den speziellen Fall, für die Verletzung des Markenrechts in meinem Werke über den Markenschutz S. 331 f. entsprechend weiter ausgeführt.[1])

---

1) Ein solches Feststellungsurtheil kann ebenso zur Vollstreckung führen, wie ein Urtheil im Negatorienprozeß, aber nur in futurum, d. h. für den Fall einer künftigen Störung. Daher kann hier in dem Urtheil nicht bereits eine Strafe für den Fall der Verletzung statuirt werden, denn die Statuirung einer bestimmten Strafordnung ist Vollstreckung; vielmehr kann eine solche hier erst durch späteren Beschluß erfolgen (§ 775, Abs. 2), sofern den Prozeßgerichten nachgewiesen wird, daß eine wirkliche Störung erfolgt ist.

Eine Vertheidigung der genannten Anschauung findet sich ferner in meinem Aufsatze in Grünhuts Zeitschrift, Bd. XIV, S. 36 f. Darin habe ich mich zugleich gegen diejenigen gewendet, welche neben der reichsrechtlichen Feststellungsklage noch landesrechtliche Klagen auf künftige Leistungen zulassen wollen oder besondere Konfliktsklagen statuiren u. a.[1])

In derselben Abhandlung habe ich mich S. 38 gegen die unrichtige Ansicht ausgesprochen, als ob bei der Feststellungsklage das Feststellungsinteresse eine Prozeßvoraussetzung sei. Die unrichtige Ansicht ist aus der Idee hervorgegangen, daß die Feststellungsklage ein prozessuales Gebilde sei, daß daher die Voraussetzung der Feststellungsthätigkeit des Gerichts zugleich eine Prozeßvoraussetzung sein müßte — ganz verfehlt. Auch der Arrestantrag ist ein prozessualisches Gebilde, und doch ist die Gefährdung der Forderungsbefriedigung, welche die causa arresti bildet, keine Prozeßvoraussetzung. Wenn die Rechtsordnung bestimmt, daß das Gericht nur im Fall des gerechtfertigten Interesses seine Feststellung vorzunehmen, überhaupt eine feststellende Thätigkeit auszuüben habe, so ist damit nicht gesagt, daß ohne das Vorhandensein eines solchen Interesses die Klage prozeßungültig erhoben, der Prozeß nicht rite engagirt sei — es ist damit nur gesagt, daß das Gericht in solchem Falle ein Urtheil in negativer Weise geben solle — ganz ähnlich wie das Recht sagt, daß das Gericht in dem einen Falle einer Ehescheidungsklage stattgeben soll oder nicht, oder wie das Recht sagt, daß das Gericht das Interesse in Geld ansetzen oder auf Geld urtheilen solle oder nicht: mit anderen Worten, es handelt sich um Vorschriften der Rechtsordnung für die Art und Weise, wie der Richter fungiren soll, nicht um die Bedingungen für die Klage und für ihre prozessualische Gültigkeit; es handelt sich nicht um das prozessualische Sein- oder Nichtsein der Klage: es handelt sich darum, ob die Klage zu einer günstigen oder ungünstigen Entscheidung führt, es handelt sich nicht darum, ob die Klage fehlerlos oder vitiös erhoben, das Prozeßverhältniß rechtsgültig oder vitiös engagirt ist.

Was endlich den ganzen Nerv des Rechtsverhältnisses, nämlich das rechtliche Interesse betrifft, so habe ich bereits in der Kritischen Viertelj.schrift a. a. O. S. 381, ja schon früher, in meinem Patentrecht S. 249 erklärt, daß das rechtliche Interesse ein vom Beklagten provocirtes Interesse sein muß, nicht aber nothwendig ein schuldhaft provocirtes Interesse, daß also der Beklagte sich in einer Weise verhalten

[1]) Vgl. auch Reichsgericht vom 20. Dezbr. 1882, Entsch. XII., S. 147.

haben muß, welche meinen Rechtsstand erschüttert, d. h. meine Stellung im Rechtsleben in Bezug auf den betreffenden Punkt zu einer unsicheren macht und mich in meinen Dispositionen beengt. Und da das Interesse ein rechtliches sein muß, so muß es auch ein in sich legitimes Interesse sein. Wenn daher A festsetzen lassen will, daß das von dem B geführte Markenzeichen als ein deceptives Zeichen nichtig ist, so ist das Interesse dann kein legitimes, wenn er die Feststellung haben will, um die deceptive Marke in ebenso deceptiver Weise selbst zu gebrauchen (Recht des Markenschutzes S. 351 f.).

Ich glaube, daß damit die Theorie der Feststellungsklage in den wichtigsten Punkten entwickelt ist und kann mit Befriedigung betrachten, wie die Jurisprudenz sich um diese Ziele hin befestigt. Insbesondere freue ich mich zu konstatiren, daß auch Wach in seiner Schrift über den Feststellungsanspruch (Leipzig 1889) in wesentlichen, wenn auch nicht allen praktischen Punkten zu ähnlichen Resultaten gelangt.

Außerdem ist neuerdings in der Gesetzgebung ein wichtiger Weiterbau der Institution erfolgt. Ein rechtliches Interesse an der Feststellung liegt insbesondere auch dann vor, wenn in einem publizistischen Streite die Feststellung eines präjudiziellen Civilpunktes dem Civilgericht überlassen wird. So bestimmt neuerdings das Unfallversicherungsgesetz von 1884 in § 63, daß, wenn das privatrechtliche Verhältniß zwischen dem Getödteten und dem zu Entschädigenden eine Vorfrage für den publizistischen Entschädigungsanspruch bildet, den Betheiligten eine Frist gewährt werden kann, um eine Feststellung dieses Verhältnisses herbeizuführen. Gemeint sind offenbar Fälle, wo durch irgend welche Einsprüche und Konkurrenzforderungen die Frage, wer als der betreffende Hinterbliebene zu betrachten ist, zweifelhaft geworden ist. Natürlich bedarf es in einem solchen Falle einer weiteren Nachweisung des Feststellungsinteresses nicht, denn ein solches ist durch die Sachlage von selbst gegeben — es bedarf dessen ebenso wenig, als eine besondere Interessennachweisung nöthig wäre, wenn das Civilgericht in einer Patentsache es dem Beklagten überlassen hat, die Feststellung der Nichtigkeit des Patentes bei dem Patentamte zu betreiben.

II.

Kann in Fällen, wo die Anspruchsklage begründet ist, an Stelle derselben die Feststellungsklage erhoben werden, sofern etwa der Beklagte nicht bloß den Anspruch unbefriedigt läßt (das klägerische Recht ver-

letzt), sondern auch noch das klägerische Recht bestreitet?[1]) Dieses ist als Regel zu verneinen. Sofern und soweit nämlich der Anspruch begründet ist, hat das Gericht das Vorhandensein des präsenten Anspruchs zu konstatiren; ist dies erfolgt, so ist damit alles erlangt, was überhaupt bei der Anspruchsklage erlangt und in dem Anspruchsurtheil geschaffen werden kann; ein solches Urtheil ist ein Anspruchs-, kein bloßes Feststellungsurtheil.

Wohl aber ist es möglich, der Anspruchsklage eine Feststellungsklage vorauszuschicken, wenn ein gerechtfertigtes Interesse vorliegt, zunächst ein Rechtsverhältniß konstatiren zu lassen, ehe die aus demselben originirenden (wenn auch schon vorhandenen) Ansprüche zur Entscheidung gebracht werden; weil mit der einen Feststellung vielleicht für einen ganzen Bündel von Ansprüchen Maß und Ziel gesteckt wird, weil ferner häufig erwartet werden kann, daß, wenn das Hauptverhältniß festgestellt ist, eine Reihe von Einzelfragen ohne Prozesse ihre Erledigung finden. In solchem Falle bedarf es nicht neben der Anspruchsverletzung oder Anspruchsnichtbefriedigung noch einer weiteren Bestreitung oder Berühmung, welche das grundlegende Interesse, die justa causa für den Feststellungsprozeß bilden würden; vielmehr wird das Feststellungsinteresse durch das Interesse der leichteren prozessualischen Erledigung der Sache gebildet, verbunden mit der Anspruchsverletzung, welche, indem sie eine Anspruchsklage wachruft, zugleich das Interesse an einer solchen leichteren prozessualischen Erledigung durch Feststellungsprozeß erregt. Die justa causa liegt darin, daß einerseits eine Anspruchsbefriedigung begehrt wird, andererseits dieser Anspruch am besten dadurch zur Deklarirung und Ausgleichung gebracht wird, daß vorerst das betreffende Verhältniß zur unzweifelhaften Vorbescheidung gelangt.

In dieser Beziehung sind vor allem zwei Klassen von Fällen praktisch hervorgetreten.

Einmal ist es als statthaft erachtet worden, auf die Entschädigungspflicht in genere salva liquidatione zu klagen, sofern eine vorläufige Feststellung der Entschädigungspflicht als den Umständen angemessen erscheint — insbesondere wenn anzunehmen ist, daß sich nachträglich die Parteien über die Höhe der Entschädigungssumme leicht einigen werden. Daß eine derartige Klage eine Feststellungsklage, und daß sie unter Voraussetzung des Feststellungsinteresses statthaft ist, hat neuerdings das Reichsgericht durch Plenarbeschluß vom

---

[1]) Vergl. über die Frage Wach, Feststellungsanspruch S. 61 f.

28. Juni 1888 (Entsch. XXI, S. 382 f., 387 f.) entschieden. Diese Entscheidung ist in ihrem Prinzipe richtig; man muß aber dabei in Rücksicht ziehen, daß schon das Interesse, einstweilen schwierige Liquidationsdetails zu vermeiden, ein genügendes Interesse ist, oder etwa das Interesse, daß bezüglich der Liquidation eine gütliche Vereinigung zu erzielen ist, oder daß dieselbe leicht durch Schiedsspruch erzielt werden kann. Nichts steht aber dem im Wege, daß in solchem Falle nachträglich die Feststellungsklage in eine zugleich auf die Summe tendirende Leistungsklage umgewandelt wird. Im englischen Rechte wird gewöhnlich im Indorsement des writ zunächst bloß auf Schadensersatz im Allgemeinen intendirt, so daß die Liquidation erst nachträglich erfolgt.

Eine zweite Gruppe von Fällen habe ich bereits anderwärts berührt; es handelt sich um die sogenannte Gesammtvindikation, deren klassischer Ausdruck die römische vindicatio gregis ist. Vielfach hat man sich hier in unrichtigen Kontroversen bewegt. Die Frage liegt durchaus nicht auf civilistischem, sie liegt auf prozessualischem Boden: die Gesammtvindication ist nichts als eine Klage auf Feststellung dessen, daß der Kläger in einem Verhältnisse zu einer Vielheit von Sachen steht, welches ihn in thesi als berechtigt an den in der Gesammtheit enthaltenen Rechtsobjekten erkennen läßt. Daß eine solche Feststellung erfolgen kann, ist von der größten Bedeutung; man denke an Gesammtheiten, welche durch einheitliche Verfügungen, durch einheitliche Rechtsschicksale in thesi gleichmäßig berührt werden, man denke an Bibliotheken, an eine Gesammtheit des im usus fructus paternus oder in Vormundschaft stehenden Vermögens, an Allodial-, an Fideikommißvermögen. Wäre es eine zweckentsprechende Prozeßeinrichtung, wenn es nicht möglich wäre, die Klage einstweilen lediglich auf die Beziehung zu dem Vermögen in thesi zu richten? Wäre es eine richtige Prozeßgestaltung, wenn ich eine Klage nicht erheben könnte, ohne die Gesammtheit in die einzelnen Sachen aufzulösen und so einen ganzen Bündel von Einzelansprüchen in der Klage zu kombiniren, die Bücher, die Schränke, die Bestände des Magazins, die Ausstände, alles dieses einzeln aufzuführen, während sich doch, wenn die Präjudizialfrage entschieden ist, meistens alles von selbst erledigt? Zuerst soll die Zugehörigkeit zu dem Vermögen in thesi festgestellt werden, dann ist es immer noch Zeit zu inventarisiren und über die einzelnen Stücke zu streiten.[1])

Insofern erkenne auch ich die Möglichkeit einer Feststellungsklage

---

[1]) Vgl. darüber meine Abhandlung in Iherings Jahrbuch XXIV, S. 294 f.

trotz des präsenten Anspruchs an; denn insofern besteht ein praktisches Bedürfniß, und das praktische Bedürfniß ist die Quelle der Feststellungsklage.

Was aber das Rechtsverhältniß betrifft, das seine Klärung in der Feststellungsklage finden kann, so habe ich bereits anderwärts entwickelt, daß ein solches kein Rechtsverhältniß zwischen den Parteien zu sein braucht; es kann auch das Recht gegen einen Dritten sein, sofern eben nur beide Theile ein aktuelles Interesse haben, darüber eine Entscheidung zu erlangen, welche dann für ihre gegenseitigen Beziehungen maßgebend ist; so die Konfliktsklagen, so die Feststellungsklagen im Konkursverfahren u. a.

Insbesondere kann das Interesse sich auch auf ein dingliches oder immaterielles Recht[1]) und auf die Grenzen desselben beziehen, und hier kann insbesondere in Rücksicht kommen, daß je nach der Abgrenzung des civilistischen Rechts der eine Theil die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung laufen würde. Z. B. A will eine Ouverture öffentlich aufführen, der Autor B erklärt, daß, da das Werk ein dramatisch-musikalisches sei, ihm ein Alleinaufführungsrecht zustehe. A will eine Melodie in einem Musikautomaten verwenden; der Autor behauptet, daß dieses eine in sein Alleinausübungsrecht eingreifende Vervielfältigung sei. Oder es erheben sich Streitigkeiten über die Grenze zweier Patente oder über den Umfang eines Patentschutzes. In allen diesen Fällen kann die Feststellungsklage ein reiner Segen sein. Oder es handelt sich darum, ob A, welcher ein Zeichen seither für seine Waaren gebraucht hat, weiter hierzu berechtigt ist, ob nicht vielmehr B berechtigt ist, welcher dieses Zeichen in deceptiver Weise in das Markenregister eintragen läßt und ebenfalls gebraucht u. a.

Daß natürlich bloße theoretische Probleme nicht vor Gericht gebracht werden dürfen oder Probleme, deren praktische Bedeutung eine sehr ferne liegende ist, versteht sich von selbst. Ob, wenn der Hauptschuldner möglicherweise nach Jahren insolvent werden sollte, der B oder der C der erste an der Bürgschaft ist; ob, wenn etwa das erbaute Haus in Zukunft Risse bekäme und unbewohnbar würde, der Architekt dafür haften müsse: das sind Dinge, welche die Gegenwart noch nicht bewegen, das sind Eier, welche die Zukunft ausbrüten möge. Erst wenn der Moment hereinbricht, in welchem die Sache auf die Krise gestellt wird, ist es Zeit zu streiten.

So entscheidet auch das französische Recht; es verlangt ein In-

1) Dagegen kann auf Feststellung einer bloßen Situation nicht geklagt werden; vgl. meine Abhandlung in Gruchots Beiträgen Bd. XXXI, S. 517 f.

térêt né et actuel; vgl. Garsonnet, Traité de procédure I, p. 470 f., 473 f. Derselbe bemerkt p. 470: „Pas d'intérêt pas d'action" ou „l'intérêt est la mesure des actions": cette maxime de bon sens signifie qu'une personne n'a pas le droit de soulever des contestations qui ne lui importent pas, et d'occuper les juges, dont le temps est précieux, de questions qui lui sont indifférentes. Vgl. auch Dalloz, Répert. alphab. v. Action nr. 169. 213. 215 f.

Die französisch-rechtliche Jurisprudenz bietet auch eine ganze Reihe von Entscheidungen in dieser Richtung. Sie nimmt an, daß im Falle der Berühmung, der „Jactation", der Jactant zur Klageerhebung provocirt werden kann[1]); so insbesondere auch wenn Jemand zum Sühneversuch geladen hat und dann die Klage nicht erhebt.[2])

Aber gerade deshalb wird ein präsentes Interesse verlangt. Daher nimmt man an, daß nicht ohne weiteres ein Gesellschafter gegen den anderen auf Feststellung der richtigen Auslegung des Gesellschaftsvertrages klagen kann, sondern nur wenn gerade der entscheidende Punkt von aktueller Bedeutung wird[3]); der Inhaber einer Salzquelle ist nicht in der Lage, ohne weiteres auf Feststellung dessen zu klagen, daß die Quelle steuerfrei ist[4]); hat A von seiner verstorbenen Frau den Usufrukt vermacht bekommen und behauptet er, auf Grund des Ehevertrages Eigenthümer der betreffenden Sachen, nicht bloßer Usufruktuar zu sein, so kann er nicht auf Feststellung klagen, wenn der Erbe der Frau sich noch gar nicht eingemischt und kein Eigenrecht geltend gemacht hat: aucune disposition légale n'autorise à faire un procès à quelqu'un qui ne réclame aucun droit, sous prétexte qu'il pourrait avoir l'intention d'en réclamer par la suite.[5])

Wohl aber ist nicht erforderlich, daß bereits ein Schaden nachgewiesen wird — kann ja doch sogar die Negatorienklage durchdringen, ohne daß ein Vermögensschaden entstanden ist.[6])

Eine ganz besonders interessante Entscheidung über unsere Frage hat das Appellgericht des Berner Juras gefällt, am 13. Oktober 1881, welche ich bereits anderwärts citirt habe.[7]) Der Eigenthümer eines Kellers klagte gegen den Baumeister, daß er für schuldig erklärt werde,

---

1) Vgl. auch Cassationshof 14. März 1888, Sirey, Recueil 89 I, p. 111; neuerdings Valabrègue in der Revue citique de Législ. XXXVII, p. 13 f. 39 f.

2) Auch das spanische Recht kennt die Provocation ex lege diffamari unter dem Namen: accion de jactancia; so die Argentinische C.P.O. von 1880 a. 425—432.

3) Appellhof Amiens, 23. Januar 1839, Dalloz, l. c. nr. 215.

4) Appellhof Pau, 9. August 1839, Dalloz, l. c. nr. 216.

5) Appellhof Lüttich, 3. Februar 1841, bei Dalloz, nr. 217 Note 2.

6) Vgl. Cassationshof 2. Dezember 1829, 14. August 1832; bei Dalloz, nr. 219.

7) Archiv für bürgerliches Recht I, S. 357.

den **Kläger** zu entschädigen für die Schäden, die eintreten könnten. Das **Appellgericht** nahm an, daß eine solche Klage nicht zur Verurtheilung **führen** könne; daß die Gerichte nicht theoretisch Rechtssätze zu **konstatiren** hätten, daß die Klage ein intérêt né et actuel voraussetze.[1])

III.

So sehr ich in vielen Punkten des praktischen Feststellungsrechts mit **Wach** übereinstimme, so sehr muß ich mich wiederum gegen den Rechtsschutzanspruch, Feststellungsanspruch und ähnliches aussprechen. Die ganze bezügliche Deduktion Wachs ist verfehlt, verfehlt insbesondere auch, was gegen mich vorgebracht wird.

Daß der Staat das Recht zu verwirklichen sucht, ist zwar nicht seine einzige, aber eine seiner höchsten Aufgaben; wegen seinen Aufgaben lebt er, in seinen Aufgaben geht er auf. Der Staat verwirklicht das Recht nicht um der Einzelnen willen, er verwirklicht es um der großen sozialen Aufgabe des Rechts willen, er thut es, weil ohne Rechtsverwirklichung keine Kultur existiren kann. Was soll da der Einzelne mit seinem Anspruch gegen den Staat: soll ein jeder Einzelne den Staat an seine Aufgabe erinnern, wie mit einem Glockenzug den Staat herbeicitiren, damit er **ihm** dienstbar sein soll? Nein, wenn der Einzelne den Staat anruft in der ein und für allemal festgesetzten Form, dann fungirt der Staat: er muß fungiren, denn so ist sein Lebensverhältniß, so seine Lebensfunktion. Hat der Blutkörper einen Anspruch gegen den Nervenstrang, der Nervenstrang gegen das Hirn? Mit nichten, die Organisation, in welcher der Einzelne lebt, fungirt nach Maßgabe ihrer Organisationsgesetze, weil sie kraft ihrer Lebenstendenz so fungiren muß, nicht weil der Einzelne speziell ein Recht hat, solches zu verlangen.

Uebrigens läßt man ja auch das abstrakte Klagerecht nicht gelten: nicht das soll ein Recht sein, daß ein jeder, ohne Rücksicht auf sein Civilrecht, das Gericht anrufen darf; das ist bloße Fakultätsbefugniß — dagegen das soll ein Recht sein, daß ich, wenn ich ein Civilrecht habe, verlangen könne, daß das Gericht entsprechend feststelle, entsprechend verurtheile und mir zur Verwirklichung meines Rechts verhelfe. Das ist aber noch viel weniger ein Rechtsanspruch, ein publizistischer Anspruch gegenüber dem Staate, als das abstrakte Klagerecht. Allerdings hat das mit der Klage befaßte Gericht, sobald die Klage rite erhoben und der Prozeß rite engagirt ist, die Sache materiell zu

1) Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins XXIV., S. 96 f.

prüfen und nach Maßgabe seiner Prüfung zu entscheiden; aber der Staat hat dies wiederum zu thun kraft seiner Aufgabe, kraft seiner Funktionsanlage: das Gericht hat die 'rite vorgebrachte Klage zu prüfen, gleichgültig ob sie sich später als begründet, ob sie sich als unbegründet erweist; das Gericht hat die Beweise zu erheben und gewissenhaft zu prüfen, ob es später ein Civilrecht des Klägers anerkennen wird oder nicht. Von einer grundsätzlich abweichenden Pflichtstellung des Gerichts — je nachdem der Kläger ein wirkliches Civilrecht hat oder nicht — ist keine Rede.[1])

Noch mehr, das Gericht prüft und entscheidet und seine Entscheidung ist bindend, ohne Rücksicht ob sie materiell richtig ist oder nicht. Ist es nun eine Anspruchsverletzung, wenn das Gericht ein wirklich begründetes Recht des Klägers abweist, weil es dasselbe nicht für begründet erachtet? Kann Jemand sagen, der Staat habe, wenn auch nur objektiv, seine Pflicht nicht erfüllt, einen Anspruch verletzt? Gewiß nicht.

Was sollen da alle Erklärungen darüber, daß ohne den zugesicherten Rechtsschutz alles Privatrecht leerer Rauch und Schall sei? Was soll es besagen, wenn es heißt, was der Kläger fordert, sei nicht Gnade, nicht Willküratt, sondern sein Recht, es sei sein Recht, daß der Beklagte ihm verurtheilt werde (Wach, S. 27. 29) u. a.? Allerdings ist jedes Recht schwankend, welches nicht auf dem festen Boden einer Ordnung steht, die seine Verwirklichung sichert. Ist aber einmal die Ordnung gegeben, so kann sich der Einzelne beruhigen; er wird bei dem Staate das finden, was nach Maßgabe dieser Ordnung zu erwarten steht: die mehr oder minder ausgiebige Hülfe in der Realisirung seines Rechts. Eine andere Frage ist es: hat der Einzelne ein Recht, einen Anspruch auf diese Hülfe? Er hat ein Recht insofern, als er überhaupt ein Recht hat, als Mensch und damit als ein mit Rechten ausgestattetes Individuum behandelt zu werden. Er hat ein Recht, wie er ein Recht hat, daß der Notar ihm zu einer öffentlichen Urkunde verhilft, sofern der Staat einen solchen Notariats„zwang" statuirt[2]); er hat ein Recht, wie man ein Recht hat auf die Funktion des Standesbeamten, wenn man heirathet oder Kinder bekommt; ein Recht, wie man ein Recht hat auf die Thätigkeit des Grundbuchbeamten; ein Recht, wie man ein

1) Vgl. nunmehr auch Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 74, welcher diesen Gesichtspunkt richtig hervorhebt.

2) Vgl. z. B. Bayerisches Notariatsgesetz a. 43: „Die Notare dürfen ihre Dienste, wenn sie darum von einem Betheiligten ersucht oder vom Gerichte dazu beauftragt wurden, ohne genügenden Ablehnungsgrund nicht verweigern."

Recht hat auf Festsetzung des Feuerschadens, sobald solche durch staatliche Einrichtungen stattfindet; ein Recht, wie man ein Recht hat, sich der öffentlichen Verkehrsanstalten zu bedienen: der Staat verleiht seine Hülfe, damit man zu einem Recht kommt, wie er die Hülfe verleiht, damit man heirathen und als glücklicher Ehemann und Familienvater sich seines Daseins erfreuen kann. Hier handelt es sich allüberall nicht um Willkürakte und nicht um Gnadengaben, sondern es handelt sich um allgemeines Menschenrecht, um das Recht, daß der Staat bei seinen Staatsfunktionen den Einzelnen als ein vollbürtiges Glied der Gesellschaft behandelt. Dieses allgemeine Menschenrecht ist aber ein Recht der Menschen an sich selbst, es ist das Individualrecht; es besteht nicht aus Ansprüchen, es erzeugt nur Ansprüche, wenn es eben verletzt wird. Dieses Individualrecht würde, wenn man es in einem Bündel von Ansprüchen auflöste, zu dem abstrakten Klagerecht führen, nicht zu dem concreten Rechtsschutzanspruch. Denn wenn A, ohne ein Recht zu haben, klagt, so muß der Richter darauf eingehen, wie wenn B mit seinem Civilrechte klagt, und dieses Civilrecht kann der Richter dem B nur zuerkennen, wenn es prozessualisch erwiesen ist: zwischen beiden Fällen ist kein weiterer Unterschied, als daß nach Maßgabe der Verschiedenheit des Prozeßmaterials eben ein verschiedenes Prozeßresultat herauskommt. Wird dem A der Prozeß verweigert, so ist es Denegation der Justiz, obgleich er kein Civilrecht hat, wie wenn der B mit seiner Klage (und seinem Rechte) nicht gehört wird. Die Bestimmungen über Rechtsverweigerung können daher höchstens für ein abstraktes Klagerecht angerufen werden, aber durchaus nicht für den individuellen Rechtsschutzanspruch.

Daß nun aber das allgemeine Menschenrecht, also das Individualrecht nicht in eine Unzahl von Aktionen zerlegt werden darf, ist klar; ich kann dasselbe nicht in ein Recht zu gehen, zu reiten, zu schreiben, Verse zu dichten, Urkunden zu errichten u. s. w. zerschlagen, sondern es ist ein und dasselbe Recht, welches, wenn verletzt, allerdings eine actio erzeugen kann, aber erst mit der Verletzung; und eine solche Verletzung könnte allerdings darin gefunden werden, daß mir der Prozeß verweigert wird. Aber darum besteht kein publizistischer Anspruch auf Prozeß, und ebenso wenig, wenn hinter der Klage ein Recht steckt, ein publizistischer Anspruch auf Verurtheilung; es besteht ebenso wenig ein Anspruch auf Prozeß oder Urtheil, als ein Anspruch darauf besteht, daß, wenn ich in die Pferdebahn steige, mich nicht ein Dritter hinauswirft; sollte er es thun, so würde er allerdings meine Individualität verletzen und dadurch einen Anspruch erzeugen; aber

man kann nicht sagen, daß ich ein Recht gegen alle 15 Mitinsassen der Pferdebahn habe, darauf, daß sie sich benehmen, wie sich gehört und mich Keiner auf die Straße setze.

Und was wäre dieser Rechtsschutzanspruch? Ein Anspruch gegen den Staat, welcher Jedem zustehe, der ein Recht hat, nicht nur dem Inländer, sondern auch dem Ausländer, sofern derselbe nur im Inlande ein Forum findet, ja auch ohne dies, da ja das Gericht (etliche Fälle allerdings ausgenommen) zu prozessiren und zu Ende zu prozessiren hat, sobald der Gegner keine Inkompetenzeinrede vorschützt. Ein solcher Anspruch eines Jedweden hat die größte Aehnlichkeit mit dem generellen Eigenthumsanspruch jener Doktrin, welche kein Recht an der Sache, sondern ein Recht contra quemcunque in Bezug auf die Sache statuirt, so daß ein jeder Robinson, der im Stillen Ozean Korallen heraus holt, einen Anspruchsstrom erzeugt, der bis zum Nord- und Südpol reicht.[1]

Ich frage: Sind solche Konstruktionen, welche sofort einen ganzen Knäul von Ansprüchen in die Welt setzen, den Verhältnissen entsprechend, welche sie ausdrücken sollen? Soviel ist allerdings gewiß, daß eine Konstruktion niemals vollständig die juristische Bildung deckt, sondern sich derselben nur möglichst annähern kann. Die Konstruktionen sind die Gerüste, oder wie ich schon anderwärts sagte, die Schachte, welche in die Tiefe führen.[2] Darum müssen aber die Konstruktionen sich möglichst der Sache anschließen, sie sollen die Sache möglichst treffen, sie sollen geeignet sein, das Recht zu handhaben und, wo immer nöthig, alsbald diejenige Stelle des Rechts zu finden, welche gerade im Moment in Frage kommt — gerade wie ein Schacht es mir ermöglicht, an die betreffende Stelle der Tiefe zu dringen, wo ein Erzstück zu holen, oder wie ein Gerüst es ermöglichen soll, an die Stelle zu gelangen, an welcher eine Reparatur anzubringen ist. Ich gebe zu, daß nicht jede Konstruktion sehr einfach sein kann: die Konstruktion soll in erster Reihe trefffähig sein, sie soll womöglich die verschiedenen Seiten der Sache zugänglich machen. Ich frage aber, ob durch solche Konstruktionen, welche von dem geringsten Eigenthumsobjekte einen Knäul von Anspruchsfäden ziehen, oder welche von einem jeden civilistischen Anspruchsberechtigten (nicht nur des Inlandes, sondern vielfach des Auslandes) einen Anspruchsdraht zu unserem Staate legen, die Handhabung des Rechts erleichtert wird. Ist es da nicht besser zu sagen, daß unser Staat ein für allemal von einem Streben

1) Vgl. hiergegen meine Abhandlung in Grünhut's Zeitschrift XIV, S. 6; vgl. jetzt auch Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 72.
2) Prozeß als Rechtsverhältniß, Motto.

nach Erfüllung seiner Aufgabe durchdrungen ist und daß die Rechtsverwirklichung ein und für allemal zu seiner Aufgabe gehört? Man denke nur an die außerordentliche Wandelbarkeit, welche solche Ansprüche hätten. Ansprüche gegen den Staat könnten entstehen, wenn der zu Beklagende ins Inland zieht, sie könnten vergehen, wenn er ins Ausland geht — wir unterstellen hier jene Fälle, wo der Gerichtsstand des Wohnsitzes ein ausschließlicher und die Prorogation ausgeschlossen ist. Und begründete Ansprüche würden sofort vergehen, sobald durch Aenderung der Gesetzgebung eine seitherige Civilsache dem Civilgerichte entzogen wird. Alles dieses ist mit der Natur eines Anspruchs schwer vereinbar; es ist aber gewiß nicht die richtige Konstruktion, eine neue Gattung von Ansprüchen zu schaffen und Anspruchsarten zu konstruiren, welche ganz anderen Rechtsregeln folgen.

Gegenüber dem Argument von der Wandelbarkeit der Gesetzgebung und dem Erlöschen des Anspruchs durch Gesetzeswandel nimmt nun allerdings Wach (S. 32 f.) an, daß es sich um Ansprüche nach Maßgabe des Prozeßrechts handelt und daß für dieselben andere Grundsätze gelten würden, als für das Civilrecht. Allein es wäre unrichtig anzunehmen, daß es im Prozeßrecht keine wohlerworbenen überdauernden Rechte gäbe. Allerdings gilt für das Verfahren das Gesetz zur Zeit des Prozesses, und es wird als sachgemäß erachtet, daß auch in ein bereits obschwebendes Verfahren ein neues Prozeßgesetz einschlagen kann — allein solches kann ja auch bei komplizirteren, auf die Dauer berechneten civilistischen Verhältnisse vorkommen. Allerdings ist die prozessualische Situation weniger widerstandsfähig gegenüber dem neuen Gesetze, als ein entwickeltes Recht; dies gilt aber auch von civilistischen Situationen. Warum aber sollte ein perfekter prozessualischer Anspruch sofort durch eine Aenderung der Gesetzgebung hinweggeweht werden? Vielmehr gelten für wirkliche prozessualische Rechte und Ansprüche ganz analoge Grundsätze, wie für Rechte und Ansprüche des Civilrechts, wie ich dies für den Fall der prozessualischen Verträge anderwärts entwickelt habe.[1]) Und was Wach (Handbuch I, S. 211 f.) vorbringt, daß, wenn der Idee nach der Rechtsschutzanspruch gegenüber dem Staate vor dem Prozeß besteht, derselbe „nur in seiner erfolgreichen Geltendmachung im Prozeß" „wahrnehmbar und beachtlich" sei, ist sicher unbefriedigend — denn wenn er bestände, so müßte er als wohlerworbener Anspruch bestehen, und es wäre nicht absehbar, warum die Rechtsordnung derartige Ansprüche ohne weiteres hintansetzte. Also auch nach diesen

1) Vgl. meine Abhandlung in Gruchot's Beiträgen, Bd. XXXI, S. 487 f.

Seiten zeigt sich das Konstruktivmittel des Rechtsschutzanspruchs als ein völlig unhaltbares.

Prüfen wir nun noch, was Wach in der Schrift über den Feststellungsanspruch gegen meine Einwände geltend macht, so ist auch dies völlig unzutreffend. So ist hier (S. 29), gegenüber einer Bemerkung von mir, gesagt: „ob es sich denn in erster Linie um das Staatsinteresse handelt, wenn Hinz oder Kunz ihre Habseligkeiten einklagen?" Nun ist allerdings das Staatsinteresse nicht daran betheiligt, ob die paar Habseligkeiten dem Hinz oder Kunz gehören und ob der Hinz oder Kunz klagt oder nicht; wenn sie aber einem von ihnen gehören und derselbe in seinem Genusse rechtswidrig verletzt ist, so ist es ein Staatsinteresse ersten Ranges, daß auf sein Verlangen Recht geschaffen wird, mag der Berechtigte Hinz oder Kunz sein oder wer er will. Eine Verweigerung der staatlichen Thätigkeit in einem Fall würde eine Verweigerung im anderen nach sich ziehen[1]; das Recht Venedigs darf nicht gebeugt werden — selbst wenn der Kläger ein Shylock ist.

Aehnlich verhält es sich mit dem politischen Wahlrecht: ob A wahlberechtigt ist oder nicht, das ist zunächst ein privates Interesse des A; daß aber, wenn A wahlberechtigt ist und sein Wahlrecht verkümmert wird, ihm in irgend einer Weise aufgeholfen wird, das ist öffentliches Interesse, sofern der Staat die publizistischen Rechte den Einzelnen ebenso zu wahren bestimmt ist, wie die privaten. Dagegen besteht wiederum, auch wenn die Wahlrechte durch einen Verwaltungsgerichtshof geschützt sind, zwar die Möglichkeit der Klage und die publizistische Aufgabe des Verwaltungsgerichts, die rite erhobene Klage zu prüfen und nach Maßgabe seiner Ueberzeugung zu entscheiden: aber es besteht wiederum kein Rechtsschutzanspruch des Einzelnen gegen das Gericht oder den Staat. Auch hier erfüllt der Staat in der Rechtsprechung seine Lebensaufgabe.

Außerdem citirt Wach meine Definition des Anspruchs — als der präsenten Befugniß, von einem andern eine Thätigkeit oder das Ablassen von einer Thätigkeit zu begehren —, und fragt, ob solche Befugniß nicht vorhanden ist, wenn man kraft des Vollstreckungstitels den Vollstreckungsakt, kraft der C.P.O. § 796 die Anordnung des Arrestes, kraft des Feststellungsinteresses die Feststellung fordern darf (S. 29). Nein und abermals nein. Meine Sache ist es, die betreffenden Akte zu beantragen, nicht sie zu fordern; und wenn das betreffende Staatsorgan den Antrag begründet findet, so wird es den prozeßordnungs-

1) Vgl. meinen Shakespeare S. 80 f.

gemäßen Akt vornehmen, weil es Aufgabe und Bestimmung des Staates ist, in prozeßordnungsgemäßer Weise zu handeln, sofern die Voraussetzungen der Prozeßordnung gegeben sind; denn damit werden die Kulturaufgaben der Menschheit erfüllt. Und wenn ich geltend gemacht habe, daß man doch auch nicht von einem Anspruch gegen den Staat auf frische Luft und dergl. sprechen kann, so habe ich damit eben den Punkt gezeigt, auf den es ankommt: allgemeine Kulturmissionen des Staates dürfen nicht zu Individualpflichten gegen jeden Einzelnen, welcher an den Segnungen Theil nimmt, auseinander gelegt werden — das gilt von der Rechtspflege, wie es von anderen Gebieten gilt.

Das ist auch für die ganze Auffassung des Verhältnisses zwischen Individuum und Staat von größter Bedeutung. Der Einzelne hat nicht das Recht, allüberall als fordernder Gläubiger den Staat an der Hand zu fassen und ihn zu sommiren, ihm zu sagen: thue deine Pflicht gegen mich. Das ist nicht die Stellung, welche dem Individuum und welche dem Staate gebührt. Der Einzelne hat den Staat als eine übergeordnete Macht zu empfinden, deren Thätigkeit er anregen kann, deren Thätigkeit auch in seinem Interesse stattfindet, sofern auch er innerhalb der Kulturatmosphäre des Staates weilt. Der Staat ist kein gleichstehendes Wesen, von dem er die Erfüllung der Pflichten in der gleichen Weise verlangen kann, wie der Gläubiger von seinem Schuldner. Mit Scheu hat sich der Einzelne dem Staate zuzuwenden, er hat nicht das Recht, mit seinem Scheine in der Hand dem Staate über die Schwelle zu treten und auf seinen Schein zu pochen.

Wenn man ferner von dem Gedanken ausgeht, daß die staatliche Hülfe ein Ersatz für die verweigerte Selbsthülfe sei, so ist zu bemerken, daß auch in den Zeiten der Selbsthülfe der Einzelne nicht als Einzelner, sondern als Glied des großen Ganzen auftritt, indem die Selbsthülfe organisirt und an Regeln und Formen geknüpft zu sein pflegt. Uebernimmt der Staat die Pflege des Rechts, so übernimmt er allerdings eine Kulturaufgabe, welche seither den Individualitäten, zwar in ihrem Zusammenhang mit dem gesellschaftlichen Ganzen, aber doch den Individualitäten als Individualitäten überlassen gewesen war. Uebernimmt aber der Staat diese Aufgabe, so übernimmt er sie in complexu, und der Rechtschutz des Einzelnen ist nur eine Emanation der großen Gesammtaufgabe, nicht die Folge eines Knäuls von Einzelbeziehungen, in welchen der Staat zu den Einzelindividuen steht.

Prozessualische Exhibition und Gewerbegeheimniß.

§ 1.

Die Frage, inwiefern der Prozeßgegner verpflichtet ist, Gegenstand zum Augenschein zu präsentiren und ihn dadurch Augenscheinsobjekt dem prozessualischen Beweise zugänglich zu m ist in der deutschen Literatur noch nicht zum völligen Austrag langt. Wir werden nur dann zu einer richtigen Würdigung der Sac gelangen, wenn wir annehmen, daß, was die Civilprozeßordnun züglich der Urkundenedition bestimmt, von Prinzipien ausgeht, weld die Exhibitionspflicht überhaupt die Richte geben, wobei dann diejenigen Einzelheiten aus dem Spiel zu lassen sind, welche sid die Besonderheiten der Urkunden als solche beziehen. Darum vor allem der Hauptgrundsatz, welchen die Civilprozeßordnung b lich der Urkunden feststellt, auch bezüglich der Augenscheinsol gelten, d. h. auch hier wird eine jede Partei gehalten sein, diejer Augenscheinsobjekte zu präsentiren, welche sie bei den Verhandlu erwähnt hat (§ 133. 388); die Gründe, welche für die Urkunden spre sprechen hier a fortiori. Die Partei ist gehalten, die Urkunden zulegen, weil ein Jeder, welcher in der Verhandlung Dinge vorbr gehalten ist, dieses Vorbringen zu erläutern und durchzuführen, dazu gehört es, daß, wer eine Urkunde angetupft, sie vorlegen, einen Gegenstand erwähnt hat, dessen Besichtigung dem Richter klärung bieten kann, diese Besichtigung gestatten muß. Parteien s nicht ins Blaue hinein behaupten; wer etwas behauptet, kann Worte genommen werden.

Und dies gilt bei Augenscheinssachen noch mehr, als bei kunden, da Urkunden einen viel privateren Charakter an sich tr als die meisten Augenscheinssachen und die Aufsuchung der Urku meist mehr Mühe verursacht, als die Thätigkeit, welche nöthig ist, um solche Augenscheinssachen dem Richter zugänglich zu machen.

Natürlich handelt es sich hier, wie bei Urkunden, nicht um eine Pflicht der Parteien zur Edition oder Exhibition: der Betreffende ist gehalten zu exhibiren, er ist nicht verpflichtet dazu.[1]) Exhibirt er nicht, so treten keine Zwangsmittel ein[2]), vielmehr tritt lediglich die

1) Vgl. meinen Prozeß als Rechtsverhältniß, S. 69 f.

2) In dieser Beziehung unterscheidet sich der Civilprozeß wesentlich vom Strafprozeß, vgl. § 95 f. St.P.O.

Folge ein, daß das Gericht die Angaben des Gegners über die Be=
er betreffenden Sache als richtig annehmen kann; mit
en, derjenige, welcher zu exhibiren gehalten ist, steht in
ı, daß er entweder exhibirt oder die betreffende Be=
r Sache als erwiesen gegen sich gelten lassen muß; es
ähnlich wie bei der Situation, welche sich aus der Nicht=
eines Punktes ergiebt, den eine Partei zu beantworten
Prozeß als Rechtsverhältniß, S. 65 f.
xhibitionsgebundenheit[1]) streitig, so wird darüber durch
Zwischenurtheil entschieden; und leugnet der Betreffende,
hibitionsmöglichkeit zu befinden, so hat er diese Unmög=
haft zu machen, und diese Glaubhaftmachung kann auch
n zum Eide erfolgen — ein Eid, welcher in der Wir=
itionseide gleichkommt.
anlaßt mich zu einer kleinen Abschweifung bezüglich des
henurtheiles und des Editionseides. Auch bei Urkunden
des Streites über die Editionspflicht durch Zwischen=
ennen: die „Anordnung" der Edition (§ 390 C.P.O.) hat
Streites durch Zwischenurtheil zu erfolgen. Dies ist
h. Wer ediren kann und nicht ediren will, soll nicht in
heit bleiben, ob das Gericht seine Editions„pflicht" an=
nicht; denn wenn das Gericht seine Editionspflicht für
htet, so muß er riskiren, daß im Falle der Nichtedition
en Thatsachen als vorhanden angenommen werden und
n das Urtheil ergeht. Er würde daher Gefahr laufen,
chtheilige Folge gegen ihn eintrete, und wäre, um die
rmeiden, veranlaßt, auch in Fällen zu ediren, wo er zu
icht gehalten ist. Und dieses Mißverhältniß würde auch
vermieden, daß das Gericht durch einen (abänderlichen)
r die Editionsgebundenheit entschiede: auch hier könnte
ranlaßt sein, auf Grund eines Beschlusses zu ediren, den
das Gericht wieder umstoßen würde, also zu ediren und sich des
Rechts der Editionsweigerung zu begeben, auf Grund einer bloß pro=
visorischen einstweiligen gerichtlichen Anordnung; es handelt sich aber
hier um ein Parteirecht und es ist ein Interesse vorhanden, daß über

1) Exhibitionsgebundenheit; es ist schwer, eine kurze deutsche Bezeichnung für dieses Verhältniß des pflichtenlosen Gehaltenseins zu finden; es ist darum auch nicht zu tadeln, wenn man vielfach von Exhibitions= oder Editionspflicht der Parteien spricht, sofern man sich eben nur bewußt ist, daß hierbei der Ausdruck Pflicht im uneigentlichen Sinne genommen ist. Wir werden uns auch unbedenklich bei Gelegenheit der gewöhnlichen Bezeichnungsweise bedienen.

Prozessualische Exhibition und Gewerbegeheimniß.

§ 1.

Die Frage, inwiefern der Prozeßgegner verpflichtet ist, einen Gegenstand zum Augenschein zu präsentiren und ihn dadurch als Augenscheinsobjekt dem prozessualischen Beweise zugänglich zu machen, ist in der deutschen Literatur noch nicht zum völligen Austrage gelangt. Wir werden nur dann zu einer richtigen Würdigung der Sachlage gelangen, wenn wir annehmen, daß, was die Civilprozeßordnung bezüglich der Urkundenedition bestimmt, von Prinzipien ausgeht, welche für die Exhibitionspflicht überhaupt die Richte geben, wobei dann nur diejenigen Einzelheiten aus dem Spiel zu lassen sind, welche sich auf die Besonderheiten der Urkunden als solche beziehen. Darum muß vor allem der Hauptgrundsatz, welchen die Civilprozeßordnung bezüglich der Urkunden feststellt, auch bezüglich der Augenscheinsobjekte gelten, d. h. auch hier wird eine jede Partei gehalten sein, diejenigen Augenscheinsobjekte zu präsentiren, welche sie bei den Verhandlungen erwähnt hat (§ 133. 388); die Gründe, welche für die Urkunden sprechen, sprechen hier a fortiori. Die Partei ist gehalten, die Urkunden vorzulegen, weil ein Jeder, welcher in der Verhandlung Dinge vorbringt, gehalten ist, dieses Vorbringen zu erläutern und durchzuführen, und dazu gehört es, daß, wer eine Urkunde angetupft, sie vorlegen, wer einen Gegenstand erwähnt hat, dessen Besichtigung dem Richter Aufklärung bieten kann, diese Besichtigung gestatten muß. Parteien sollen nicht ins Blaue hinein behaupten; wer etwas behauptet, kann am Worte genommen werden.

Und dies gilt bei Augenscheinssachen noch mehr, als bei Urkunden, da Urkunden einen viel privateren Charakter an sich tragen, als die meisten Augenscheinssachen und die Aufsuchung der Urkunden meist mehr Mühe verursacht, als die Thätigkeit, welche nöthig ist, um solche Augenscheinssachen dem Richter zugänglich zu machen.

Natürlich handelt es sich hier, wie bei Urkunden, nicht um eine Pflicht der Parteien zur Edition oder Exhibition: der Betreffende ist gehalten zu exhibiren, er ist nicht verpflichtet dazu.[1]) Exhibirt er nicht, so treten keine Zwangsmittel ein[2]), vielmehr tritt lediglich die

1) Vgl. meinen Prozeß als Rechtsverhältniß, S. 69 f.

2) In dieser Beziehung unterscheidet sich der Civilprozeß wesentlich vom Strafprozeß, vgl. § 95 f. St.P.O.

Folge ein, daß das Gericht die Angaben des Gegners über die Beschaffenheit der betreffenden Sache als richtig annehmen kann; mit anderen Worten, derjenige, welcher zu exhibiren gehalten ist, steht in der Situation, daß er entweder exhibirt oder die betreffende Beschaffenheit der Sache als erwiesen gegen sich gelten lassen muß; es ist also ganz ähnlich wie bei der Situation, welche sich aus der Nichtbeantwortung eines Punktes ergiebt, den eine Partei zu beantworten hat, vgl. auch Prozeß als Rechtsverhältniß, S. 65 f.

Ist die Exhibitionsgebundenheit[1]) streitig, so wird darüber durch prozessuales Zwischenurtheil entschieden; und leugnet der Betreffende, sich in der Exhibitionsmöglichkeit zu befinden, so hat er diese Unmöglichkeit glaubhaft zu machen, und diese Glaubhaftmachung kann auch durch Erbieten zum Eide erfolgen — ein Eid, welcher in der Wirkung dem Editionseide gleichkommt.

Dies veranlaßt mich zu einer kleinen Abschweifung bezüglich des Editionszwischenurtheiles und des Editionseides. Auch bei Urkunden ist im Falle des Streites über die Editionspflicht durch Zwischenurtheil zu erkennen: die „Anordnung" der Edition (§ 390 C.P.O.) hat im Fall des Streites durch Zwischenurtheil zu erfolgen. Dies ist sehr begreiflich. Wer ediren kann und nicht ediren will, soll nicht in der Ungewißheit bleiben, ob das Gericht seine Editions„pflicht" annimmt oder nicht; denn wenn das Gericht seine Editionspflicht für gegeben erachtet, so muß er riskiren, daß im Falle der Nichtedition die betreffenden Thatsachen als vorhanden angenommen werden und daß daraufhin das Urtheil ergeht. Er würde daher Gefahr laufen, daß eine nachtheilige Folge gegen ihn eintrete, und wäre, um die Gefahr zu vermeiden, veranlaßt, auch in Fällen zu ediren, wo er zu ediren gar nicht gehalten ist. Und dieses Mißverhältniß würde auch nicht dadurch vermieden, daß das Gericht durch einen (abänderlichen) Beschluß über die Editionsgebundenheit entschiede: auch hier könnte die Partei veranlaßt sein, auf Grund eines Beschlusses zu ediren, den das Gericht wieder umstoßen würde, also zu ediren und sich des Rechts der Editionsweigerung zu begeben, auf Grund einer bloß provisorischen einstweiligen gerichtlichen Anordnung; es handelt sich aber hier um ein Parteirecht und es ist ein Interesse vorhanden, daß über

1) Exhibitionsgebundenheit; es ist schwer, eine kurze deutsche Bezeichnung für dieses Verhältniß des pflichtenlosen Gehaltenseins zu finden; es ist darum auch nicht zu tadeln, wenn man vielfach von Exhibitions- oder Editionspflicht der Parteien spricht, sofern man sich eben nur bewußt ist, daß hierbei der Ausdruck Pflicht im uneigentlichen Sinne genommen ist. Wir werden uns auch unbedenklich bei Gelegenheit der gewöhnlichen Bezeichnungsweise bedienen.

dieses prozessuale Parteirecht definitiv entschieden werde, damit nicht die Partei veranlaßt ist, auf Grund einer schwankenden, unsicheren Aeußerung des Gerichts die Urkunde zu ediren und dadurch die erhebliche Gefahr zu vermeiden, welche mit dem Nichtediren im Falle der Editionsgebundenheit verknüpft ist. Nun könnte immerhin durch einen Beschluß mit sofortiger Beschwerde etwas ähnliches erreicht werden; aber es ist ja nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden[1]): da ist kein Grund vorhanden, an Stelle des Urtheils einen Beschluß zu setzen (wie etwa im Falle von §§ 371 und 46 C.P.O.), und so kommen wir zu dem über die Editionsgebundenheit entscheidenden Zwischenurtheil.

Ein jedes Editionsurtheil ergeht unter der Voraussetzung, daß die betreffende Partei sich in der Möglichkeit der Edition befindet. Wird daher diese Möglichkeit bestritten, so hat das Gericht zunächst sich über diese Möglichkeit zu verlässigen. Nun wäre der regelmäßige Gang der Sache dieser: die Partei, welche in der Editionsunmöglichkeit zu sein behauptet, hätte diese Unmöglichkeit glaubhaft zu machen (also nach Maßgabe des § 266 C.P.O.); dies insbesondere deshalb, weil ja ihr Gegner, welcher die Edition begehrt, Umstände beigebracht hat, aus welchen zu entnehmen ist, daß die Urkunde sich in ihrem Besitze befindet.

Mit Rücksicht auf die Besonderheit der Urkunden, insbesondere auf ihren privaten Charakter, auf die Schwierigkeit der Identification und auf die Leichtigkeit der Beiseiteschaffung, hat nun das deutsche Recht bestimmt: der Nachweis der Unmöglichkeit der Edition kann nur durch den Eid des zur Edition Gehaltenen erbracht, und darum kann die Glaubhaftmachung der Unmöglichkeit nicht durch andere Mittel, sondern nur durch das Erbieten zum Editionseide erfolgen[2]); noch mehr: derjenige, welcher die Unmöglichkeit behauptet, braucht den Editionseid gar nicht vorzuschlagen, er braucht sich gar nicht zum Editionseide zu erbieten — es wäre ja solches höchst überflüssig, da ihm ja kein anderes Auskunftsmittel als der Eid zu Gebote steht und mithin die Sachlage von selbst dahin gegeben ist, daß die Partei entweder zu ediren oder zu schwören hat: der Vorschlag des Editionseides wird subintelligirt, die Partei muß, wenn sie den Besitz der Urkunde leugnet, schwören, als wie wenn sie sich zur Glaubhaftmachung der Editionsunmöglichkeit auf den Eid berufen hätte.

Diese Betrachtungsweise ist wichtig; denn auch nach dem Editionsurtheil kann die betreffende Partei mit der Behauptung auftreten,

1) Vgl. auch Schollmeyer, Zwischenstreit unter den Parteien, I., S. 90 f.
2) Vgl. meinen Prozeß als Rechtsverhältniß, S. 70 f.

daß sie nachträglich ohne ihr Verschulden in die Editionsunmöglichkeit versetzt worden sei; in solchem Falle kann sie sich nachträglich zum Editionseide erbieten und dadurch die durch Zwischenurtheil festgesetzte Editionsgebundenheit von sich ablehnen — wie ja überhaupt eine Urtheilspflicht oder eine Urtheilsgebundenheit nachträglich cessiren kann durch Umstände, welche dem Urtheil nachgefolgt sind.

Die Auferlegung des Editionseides geschieht durch Beschluß, und zwar durch einen dem Editionsurtheil vorhergehenden Beweisbeschluß; nur in dem eben gedachten Ausnahmefall, durch nachträglichen, für das Endurtheil maßgebenden Beweisbeschluß; sie geschieht durch Beschluß, ebenso wie überhaupt die Auferlegung eines Bescheinigungseides (nach Maßgabe des § 266 C.P.O.) durch Beschluß erfolgt.[1])

Das Gesagte gilt auch von der Exhibitions„pflicht" bezüglich der Augenscheinsobjekte; es gilt mit der Ausnahme, daß die Exhibitionsunmöglichkeit nicht nur durch den Eid, sondern auch in anderer Weise dargethan werden kann. Dies ist auch sehr leicht erklärlich; bei Augenscheinsobjekten ist die Schwierigkeit, die Exhibitionsunmöglichkeit leicht und rasch darzuthun, viel geringer, als bei Urkunden, bei welchen schon die Identification schwieriger und die Möglichkeit, daß eine solche unversehens verborgen und bei Seite geschafft werden kann, viel größer ist, als bei fast allen Dingen, welche dem Augenschein unterworfen werden können: die Beschränkung des Nachweises auf den Editionseid ist daher eine in der Besonderheit der Urkunden liegende Eigenheit, welche auf Augenscheinsobjekte nicht zu erstrecken ist.

Hier ist noch die Frage zu erörtern, ob neben dem Editions- oder Exhibitionszwischenurtheil, welches die Editions„pflicht" bejaht, noch ein Beweisbeschluß nöthig ist, welcher anordnet, daß der Urkunden- oder Augenscheinsbeweis erhoben werden soll.[2]) Wäre das Editionsurtheil lediglich eine platonische Entscheidung über die Editions„pflicht", so wäre immer noch ein Gerichtsakt nöthig, welcher bestimmt, ob die Urkunde wirklich erhoben werden soll und zu welchen Beweiszwecken. Da aber das Editionsurtheil, sofern es ein prozessualisches Gehaltensein ausspricht, damit zugleich implicite ausspricht, daß eine Edition bei Vermeidung der prozessualischen Nachtheile zu geschehen hat, und da hiermit zugleich ausgesprochen wird, zum Nachweis welcher Thatsache die Urkunde dienen soll, so enthält das Editionsurtheil unter den Parteien bereits alle inhaltlichen Momente des Beweis-

1) Vgl. Wilmowski-Levy, Kommentar, S. 413. 566.
2) Die Ansichten gehen darüber sehr auseinander; vgl. namentlich Wilmowski-Levy ad § 390, wo auch die weitere Litteratur.

beschlusses, und eines solchen bedarf es daher nicht noch neben demselben. Das Gleiche gilt von dem Exhibitionsurtheil bezüglich der Augenscheinsobjekte.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn etwa das Urtheil lediglich die Editionsgebundenheit in plano zu konstatiren hätte und die durch die Urkunde zu beweisenden Thatsachen erst nachträglich zu bestimmen wären. Die Editionsgebundenheit soll aber mit Rücksicht auf bestimmte Thatsachen ausgesprochen werden, mithin ist durch das Zwischenurtheil der Beweis bereits ebenso vorbereitet, wie durch den Beweisbeschluß.[1]

§ 2.

Eine wichtige Beschränkung der Exhibitions„pflicht" ergiebt sich aus dem Individualrechte: es giebt gewisse Beziehungen, bezüglich welcher der Person ein lebhaftes berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung zusteht, so daß dieses Interesse dem Interesse der Exhibition vorgehen muß. Ist auch immerhin eine Person gehalten, den Prozeß zu unterstützen, und ihn inhaltlich zu kompletiren, auch zum Nachtheile ihrer selbst, so hat dies doch seine Grenzen, sobald außerhalb der Streitsache liegende Interessen vorliegen, welche durch die Exhibition gekränkt würden. Damit soll nicht gesagt werden, daß in solchen Fällen ohne weiteres die Exhibition verweigert werden dürfte; wohl aber hat der Exhibitions„pflichtige" jedenfalls das Recht, zu verlangen, daß alle Vorkehrungen getroffen werden, auf daß sein Interesse möglichst wenig angetastet werde. So kann man eine Exhibition nur unter den Vorkehrungen verlangen, welche nöthig sind, um das Eigenthum der Partei gegen Deteriorirung zu wahren: der Prozeß kann nicht verlangen, daß die Partei des Prozesses halber ihr Eigenthum zu nichte mache[2]); mindestens kann nur dann etwas anderes gelten, wenn dieses Eigenthum von geringer Erheblichkeit ist und die Partei entsprechendenfalls völlig entschädigt wird. Und ebenso versteht es sich von selbst, daß der Prozeß kein Recht hat, von der Person zu verlangen, daß sie ihre Individualität und ihre Individualberechtigungen ohne weiteres preisgebe. Wenn daher hier exhibirt werden soll, so muß alles vorgekehrt werden, was nöthig ist, um die Individualinteressen der Partei zu wahren.

Dies gilt insbesondere nach zwei Richtungen hin: es gilt, was den eigenen Körper betrifft, und es gilt, was das Gewerbegeheimniß betrifft.

1) Vgl. § 389 Z. 2 und § 390 C.P.O.
2) Vgl. auch § 399 C.P.O.

Den eigenen Körper einem Arzte oder einer Hebamme zu präsentiren, kann einer Partei zugemuthet werden, nicht aber ihn dem Gericht oder den Anwälten darzubieten. Wo immer daher, namentlich in Eheprozessen, derartige Fragen zu Tage treten, hat der gerichtliche Augenschein sich auf das Surrogat zu beschränken: Beobachtung durch Sachverständige — und zwar ohne Zuzug von Parteien oder Anwälten. Man vgl. c. 6 und 7 X de frig. 4, 15; und man vergleiche über die Frage, inwiefern eine inspectio corporis im Civilprozeß verlangt werden kann, auch Demolombe C. de Code Nap. III, nr. 253 quater, p. 406 f.

Noch wichtiger ist die Frage des Gewerbegeheimnisses. Ist ein solches bei uns auch nicht strafrechtlich geschützt, so ist doch sicher, daß es ein rechtliches Gut ist, ein Gut, welches das Recht gegen Eingriffe Dritter durch Entschädigungspflichten sichert und welches darum auch die Rechtsordnung nicht beliebig brechen darf[1]; insbesondere auch nicht die Rechtsordnung im Prozesse. Treffend hat daher auch die C.P.O. bestimmt, daß das Gewerbegeheimniß von der Zeugenpflicht entbindet: kein Zeuge ist verpflichtet, ein Gewerbegeheimniß kundzugeben; denn die Unterstützungspflicht gegenüber dem Prozesse geht nicht so weit, daß der Zeuge seine eigenen Interessen preisgeben müßte; und diese Ausnahme ist so strikte durchgeführt, daß auch die besonderen, den Zeugnißzwang steigernden Umstände des § 350 C.P.O. hier nicht durchgreifen. Daher ist das Gewerbegeheimniß auch ein Hemmniß für den Augenschein, und auch der Augenschein darf nur unter solchen Vorsichtsmaßregeln stattfinden, welche die Fortdauer des Geschäftsgeheimnisses gewährleisten. Daß dieses so sein muß, zeigt jede Betrachtung der Lebensverhältnisse von selbst. Sonst stünde es einem jeden Konkurrenten frei, das Gewerbegeheimniß seines Gegners dadurch zu brechen, daß er etwa einen Patentverletzungsprozeß anstrengte und einen Augenschein beantragte, bei welchem er selbst assistiren dürfte; oder es könnte ein Zwischenmann den Augenschein beantragen und ihm das Geheimniß verrathen. Das Geschäftsgeheimniß ist allerdings an sich etwas Gebrechliches: es kann durch Zufall enthüllt werden, wie durch die Untreue von Arbeitern oder Bediensteten; hiergegen kann man sich aber leidlich schützen, insbesondere durch Vertheilung der Arbeit, durch Verbergung der Geschäftsoperationen, durch ausdrückliche Zusagen im Anstellungsvertrag; und immerhin ist es etwas anderes, wenn sich Mißbräuche an einem Gute vergreifen, als

1) Vgl. mein Aus dem Patent- und Industrierecht I, p. 91 f. 122 f.

wenn die Rechtsordnung selbst die Hand dazu bieten würde, daß ein oft auf Jahre langen Bemühungen und Studien beruhendes Gut entzogen wird. Hiernach müssen folgende Sätze aufgestellt werden: Wenn zu den Zwecken des Prozesses nicht die volle Besichtigung nöthig ist, so kann die Partei verlangen, daß die Besichtigung sich auf die nöthigen Parthien beschränken und die übrigen Theile seines Geschäfts, welche die Träger des Geheimnisses sind, unbesichtigt bleiben; die Partei kann, wenn die Zwecke des Prozesses durch eine Besichtigung der Fabrik in der Ruhelage erreicht werden kann, während der Besichtigung und auch entsprechende Zeit vorher die Fabrik stille stehen lassen — wobei natürlich die dadurch entstandenen Verluste wie sonstige Prozeßkosten zu betrachten und entsprechend zu vergüten sind; sollte aber der Erfolg des Augenscheins es verlangen, daß derjenige Theil der Fabrikation, welcher das Geschäftsgeheimniß enthält, in vollem Betriebe zur Besichtigung gelangt, so bleibt nichts übrig, als daß die Besichtigung in Abwesenheit des Gegners und in Abwesenheit weiterer Personen stattfindet und daß sie mit Hülfe von Sachverständigen stattfindet, welche genügende Garantien gegen Verrath des Geheimnisses bieten und noch besonders zur Wahrung desselben verpflichtet werden. Und auch das Resultat der Besichtigung muß in entsprechender Weise geheimgehalten werden; denn hier obwaltet ein bedeutender Unterschied gegenüber dem Fall der inspectio corporis: nicht nur die Besichtigung, sondern auch die Publizirung des technischen Resultates der Besichtigung ist ein eminenter Eingriff in die Rechtssphäre der Persönlichkeit. Die Wahrung des Geheimnisses in den Entscheidungsgründen kann schwierig sein, insbesondere wenn beispielsweise ein patentwidriges Verfahren und ein eigenes Geschäftsgeheimniß so ineinander greifen, daß das eine kaum ohne das andere zu genügender Darstellung zu bringen ist. Nöthigenfalls müßte durch verschlossene Beigabe, welche nur von der höheren Instanz eröffnet werden dürfte, oder in anderer Art geholfen werden.

Man sage nicht, daß es der C.P.O. an einem solchen Verfahren fehlt und daß es nicht angehe, ein solches Verfahren in die P.O. hineinzulegen; denn hier handelt es sich in erster Reihe um die Exhibitionspflicht, um das Gehaltensein zur Exhibition; und ist eine Partei nur unter Beschränkungen zur Exhibition gehalten, ist sie nur dazu gehalten unter gewissen Garantieen, so muß der Prozeß entweder auf diese Exhibition überhaupt verzichten oder er muß die Garantieen wahren, welche man dem Individualrechte schuldig ist. Unter diesen beiden Mißlichkeiten ist aber die erstere immer noch die überwiegende,

und es ist daher die Exhibition unter Aufrechterhaltung des Geheimnisses immer noch einem völligen Verzichten auf dieses oft allein zuträgliche Mittel richterlicher Aufklärung vorzuziehen.

Dies auch schon deshalb, weil sonst das Gewerbegeheimniß einen beliebten Vorwand abgeben würde, um hinter seinem Schirme ungestrafte Patentcontrefaçon zu begehen.

Allerdings genügt die leere Behauptung des Geschäftsgeheimnisses nicht, um den Augenschein zu restringiren und an besondere Vorsichtsmaßregeln zu fetten; vielmehr muß auch hier dieser Grund glaubhaft gemacht werden: wie die betreffende Partei es glaubhaft machen muß, wenn sie sich in der Exhibitionsunmöglichkeit zu befinden behauptet, so muß sie es glaubhaft machen, wenn sie behauptet, daß besondere Thatumstände vorliegen, welche der Exhibition im Wege stehen; und auch hier ist der Eid ein mögliches, aber nicht das einzige Mittel der Glaubhaftmachung.

Vorzüglich ist die Geschäftsgeheimnißfrage bei richterlichem Augenschein in einer englischen Entscheidung vom 27. Juni 1883 behandelt in Sachen der Badischen Anilin- und Sodafabrik versus L., in jener Entscheidung, welche später von dem englischen Oberhause so glänzend bestätigt worden ist. Hier sagt der Justice Pearson als Vertreter des High Court, Chancery Division[1]): — — it may be useful, if the plan which I have adopted is the right and proper plan, that parties should know hereafter what plan it was that I did proceed upon. Mr. L. who has defended this case with very great fairness as well as with very great ability, set up by his defence that he had a secret process. Of course, the question as to whether or not that secret process is the process which is within the terms of the patent is what I shall have to consider. But it was plain to me that if he were called upon to state in open Court what that secret process was, it might turn out eventually, if I should come to the conclusion that the patent was bad, and if I called upon him then to state to the public a secret which he ought to be at liberty to confine within his own breast, that I might have done him irreparable mischief. Accordingly, I allowed him not to answer certain questions which were put to him[2]), leaving him to determine for himself before the case was finally closed whether he would or not communicate his secret process to the Court, so that the Court might be

1) Nach dem stenographischen Berichte p. 7.
2) Es handelt sich um das interrogatory im Prozeß vor dem Chancery Court.

able to determine whether he infringed the patent. I thought it right, under these circumstances, to continue the case with regard to the validity of the patent until I had got so far as that the balance in my own mind was in favour of the patent, and until I found that, on further consideration, I changed my then opinion, I should decide that the patent was valid. I then required M. L.'s counsel to elect whether he would communicate his secret process, or whether he would not. Mr. H. elected to communicate the secret process, and I then heard Mr. L.'s description of that secret process with closed doors, no persons being present except the parties and their scientific assistants. Now, in treating this question of infringement, I shall be very careful to say nothing with regard to it that I think can communicate to the outside public the secret which Mr. L. has. I think that is only fair to him, and I think I am bound, as far as I possibly can, to protect him from any injury in consequence of the statement he has made to the Court.

In diesem Prozesse verfügte daher auch der Richter[1]): considering the nature of the case, and the defence that it was a secret process, which I have heard in secret, and the publication of which I intend to restrict as far as I possibly can, I must order, and I do order, that the shorthand notes of the 13th, 14th, 15th, and 16th days, and all the printed copies in the possession of the Plaintiffs, or their agents, be sealed up and impounded in Court until either there shall be an appeal, in which case the parties are at liberty to apply for the delivery out of Court of so many copies as they want, or until, either by lapse of time, or otherwise it shall be determined that there is to be no appeal, in which case any application may be made to the Court for the disposal of them as the parties may think fit.

So die Entscheidung des Justice Pearson. Auch andere englische Entscheidungen sind im höchsten Grade belehrend.

In der Sache The Plating Co. v. Farquharson[2]) wurde auf die Weise verfahren, daß ein Sachverständiger ermächtigt wurde, eine Besichtigung vorzunehmen, daß derselbe aber gehalten sei not to disclose his report, on the facts or opinion obtained or arrived at by him, without the leave of this Court.

---

1) Stenographischer Bericht p. 10 f.
2) Bei Lawson, Practice at to Letters Patent p. 331 f.

In der Sache Hill v. Tombs wurde bestimmt, daß die Maschinen und Apparate, welche die Beklagten als Gewerbegeheimniß bezeichneten, von dem Experten (ohne den Kläger) besichtigt werden sollten und der Experte sollte dem Gerichtshof Bericht darüber erstatten, ob ein Gewerbegeheimniß vorliege oder nicht.[1])

Aehnlich wurde es gehalten in Sachen Flower v. Lloyd, wo gleichfalls vom Appellationsgerichte Vorkehrung getroffen wurde, daß nicht der Kläger, ein Konkurrent, sondern allein Experten die Fabrikation inspiciren sollten; und in Russel v. Crishton bestimmte der schottische Court of Session, daß die Inspektoren verbunden seien, nichts weiter über ihr Ergebniß zu sagen, als zur Entscheidung der Sache erforderlich sei.[2])

Haben wir doch auch in der deutschen Gesetzgebung eine treffende Analogie — nämlich in dem Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 § 82—84. Hier ist bestimmt, daß zwar die Genossenschaften das Recht haben, die Befolgung der die Unfälle betr. Vorschriften zu überwachen und die Einrichtung des Betriebes zu besichtigen, soweit dies für die Zugehörigkeit zur Genossenschaft von Bedeutung ist, und daß zu diesem Zwecke Besichtigungen während der Betriebszeit vorkommen können, allein:

1) der Betriebsunternehmer hat das Recht, an Stelle des bestimmten Kontrolbeauftragten einen andern zu verlangen, sofern er fürchtet, daß ein Fabrikgeheimniß verletzt oder (durch Geheimnißnachahmung von Seite des Kontrolbeauftragten) seine Interessen geschädigt würden.

2) Die Beauftragten, die Sachverständigen und Vorstandsmitglieder haben sich der Offenbarung der Geschäftsgeheimnisse und der Nachahmung derselben zu enthalten, und Beauftragte und Sachverständige sind darauf zu beeidigen.

3) Auf Verrath des Geheimnisses steht Strafe; erschwerte Strafe, wenn der Verrath absichtlich zum Nachtheil des Betriebsunternehmers erfolgt und bezw. in der Absicht, sich oder andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen; oder wenn die Betreffenden unter gleichen Umständen Betriebsgeheimnisse nachahmen. So § 107. 108 des Unfallversicherungsgesetzes.

Hiermit ist für Deutschland auch ein gesetzlicher Anhaltspunkt geschaffen, es ist dadurch zum Ausdruck gebracht, daß das Gewerbe-

---

1) Lawson p. 331.
2) Lawson p. 109, wo noch weitere Entscheidungen angeführt sind.

geheimniß ein Gut ist, welches auch nicht durch die Maßnahmen publiker Staatsaktionen geschmälert werden darf; daß vielmehr diese staatlichen Aktionen nur mit den nöthigen Vorsichtsmaßregeln vorgenommen werden sollen, damit auf der einen Seite die Zwecke der staatlichen Maßnahmen erfüllt, auf der anderen Seite das Gewerbegeheimniß gewahrt wird — und dies ist es eben, was wir postuliren.

Eine gesetzliche Regelung dieses Punktes für das Prozeßrecht und eine entsprechende schwere Strafbestimmung gegen gerichtliche Sachverständige, welche die Treupflicht brechen, wäre äußerst wünschenswerth.

Gemischte Einreden.

§ 1.

Die exceptiones litis ingressum impedientes gehören zu den interessantesten Schöpfungen des kanonischen Prozesses[1]); und wenn auch die Doctrin über den zu Grunde liegenden Gedanken nicht immer zur klaren Anschauung gekommen ist, so ist der von ihr entwickelte Gedanke um so tiefer und fruchtbarer. Es sind dies Einreden, welche materiell und prozessual zugleich sind — allerdings nicht so, daß eine und dieselbe Spitze prozessual und materiell wäre, wohl aber so, daß aus demselben Exceptionsthatbestand ein materieller und ein prozessualer Einwand geschöpft werden kann.

Daraus ergiebt sich auch ihre Eigenthümlichkeit im kanonischen Prozeß: man konnte den Exceptionsthatbestand gegen den Prozeß kehren: dann war die Einrede vor der Litiskontestation zu bringen; sie konnte, sie mußte vorher gebracht werden. Oder man konnte den Exceptionsthatbestand gegen den Anspruch kehren: dann konnte der Einwand in dem späteren Stadium gebracht werden, solange überhaupt materielle Einwände zur Geltung kamen.

Daß es nun Einreden geben kann, welche zugleich eine materielle und eine prozessualische Spitze haben, darüber kann kein Zweifel bestehen. Es giebt solche im Civilrecht, wie im Strafrecht. Es ist ein materiellrechtlicher Einwand, wenn man im Strafprozeß behauptet, daß der nöthige Antrag nicht gestellt ist, und doch kann hieraus eine pro-

---

1) Vgl. die Citate bei Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses, S. 961 f. Von Neueren vgl. Albrecht, Die Exceptionen, S. 119 f., und namentlich Müchel, Das Verfahren bis zur Litiskontestation im ordentl. kanon. Prozesse.

zessuale Einrede gemacht werden, weil in Fällen, wo von vornherein der Mangel eines Strafrechts des Staates sicher ist, auch kein Strafprozeß geführt werden soll. Und so verhält es sich mit der Abolition u. a.

Gerade im Civilrechte nun kann die Doppelnatur solcher Exceptionen hervorbrechen, und die Rechtsordnung kann in den verschiedensten Fällen aus einem anspruchszerstörenden Thatbestande einen Einwand gegen den Prozeß ableiten. Daher auch der stete Streit über die Grenzen der exceptiones litis ingressum impedientes. Die Rechtsordnung kann so weit gehen, einen jeden materiellen Einwand, welcher sofort bewiesen werden kann, als prozessual zu behandeln, sofern sie, wie vorhin beim Strafprozeß, von dem Gedanken ausgeht, daß, wenn von vornherein das Nichtbestehen des materiellen Anspruchs sicher ist, auch kein Prozeß geführt werden soll. Nach dieser Seite hin ist auch die kanonische Entwickelung abgedrängt worden. Ob solches empfehlenswerth ist, erscheint aber als sehr fraglich; denn aus so unbestimmten Kriterien heraus prozessualische Einreden zu bilden, das dürfte oftmals eher den Prozeß hintanhalten, als ihn beschleunigen.[1]) Das Wesen von prozeßablehnenden Einreden aber soll es sein, nicht nur eine Verurtheilung, sondern den Prozeß selbst abzuhalten: derartige Einwände sollen also gegen die Uebel des Prozesses schützen, und dazu ist es nöthig, die Einreden so zu wählen, daß hierdurch nicht etwa die Prozeßlage verschlimmert und die Streitpunkte des Prozesses erhöht werden.

Wohl aber lassen sich von folgendem Standpunkte heraus Prozeßeinreden bilden. Ist die Sache bereits einmal prozessualisch erledigt, so ist hierdurch nicht nur der Anspruch absorbirt durch die Kraft des Urtheiles als eines abschließenden, formal festsetzenden Aktes, sondern es ist dadurch zugleich das Postulat gegeben, daß in derselben Sache kein Prozeß mehr laufen soll. Denn mehr als einmal soll der Staat mit derselben Sache nicht befaßt werden: der Staat soll nur dann eine Sache zur Entscheidung erhalten, wenn er in derselben Sache nicht bereits einmal seine Entscheidungsfunktion ausgeübt hat. Mithin kann die res judicata eine materiellrechtliche und eine prozessualische Funktion darbieten: die erstere wirkt kraft des materiellen Erfolges der Sentenz, die letztere wirkt kraft des Vorhandenseins der Sentenz, sofern eben durch das Vorhandensein einer abschließenden Sentenz bekundet wird, daß der Staat seine Entscheidungsbefugniß ausgeübt und damit die prozessuelle Aufgabe erfüllt hat.

---

1) Daß übrigens solches nicht undurchführbar ist, zeigt das englische Recht; vgl. unten S. 100 f.



Wie man sieht, hat diese Doppelnatur der Sentenz viele Verwandtschaft mit der gemeinrechtlichen Lehre von der negativen und positiven Funktion der res judicata, nur daß im gemeinen Recht noch die Reminiscenzen aus der novirenden Natur der Litiskontestation hineinspielten. Für das moderne Recht ist aber eine prozessualische Konsumtion nicht anzunehmen, solange die Sache nicht zum Urtheile gediehen ist.[1]) Die prozessualische Wirkung der res judicata ist daher nicht als Nachschlag eines früheren prozessualischen Aktes zu betrachten, der bis zum Urtheil hinein die Sachlage bestimmt: die prozessualische Wirkung der res judicata beruht vielmehr in der entscheidenden Natur des Urtheils, sie beruht darauf, daß das Urtheil die Sache materiell abschließt und per consequens einen weiteren Prozeß nicht zuläßt. Hiernach kann die eine Funktion des Urtheils nicht in Gegensatz treten zu der anderen, und es kann kein Zwiespalt zwischen den beiden Fällen der res judicata hervortreten: durch Verschiebung der konsumirenden Funktion von der Litiskontestation bis zum Urtheil ist zugleich der Grund für alle Diversitäten zwischen der negativen und positiven Funktion der res judicata gehoben.

Kehren wir zu unserem Ausgangspunkte zurück. Das Urtheil als anspruchsentscheidender Akt enthält in sich zugleich das rechtliche Postulat, daß nicht ein zweites Mal über dieselbe Rechtssache prozedirt werden soll. Dies ergiebt sich auch zwingend aus der Litispendenzeinrede. Die letztere ist gegeben mit Rücksicht darauf, daß der Staat nur einmal mit der Sache befaßt werden soll und daß nicht durch einen zweiten Prozeß eine abweichende Entscheidung herbeigeführt werden darf, welche, als von der ersteren Entscheidung abweichend, die Sache verwirren, statt klären und ledigen würde. Ist nun schon die Befürchtung, daß zwei Prozesse zu zwei Urtheilen führen würden, ein genügendes Motiv, einen zweiten Prozeß zu perhorresciren, so muß es um so mehr der Umstand sein, daß ein Urtheil schon vorhanden ist, mithin bereits eine so geklärte und entwickelte Sachlage vorliegt, daß ein zweiter Prozeß keine Existenzberechtigung mehr hat. Allerdings ist der Unterschied zu konstatiren, daß die Litispendenzeinrede eine lediglich prozessualische Einrede ist[2]), während die Thatsache des gefällten Urtheiles zunächst eine materiellrechtliche Beziehung hat und daneben allerdings noch eine prozessuale: der Einwand der

1) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß, S. 98 f.
2) Da ja die Litiskontestation bei uns den materiellen Anspruch nicht zerstört.

res judicata ist ein materiellrechtlicher oder ein prozessualischer, und in dieser Doppelnatur liegt die Schwierigkeit des Falles.[1])

Daher ist es begreiflich, daß in erster Reihe die exceptio rei judicatae zu den Einwänden gerechnet wurde, welche als exceptio peremtoria in vim dilatoriae zur Abschneidung des Prozesses verwendet werden kann, also als exceptio litis ingressum impediens. Als prozessualer Einwand will die Einrede besagen, daß, da in der Sache bereits die entscheidende Funktion erfüllt ist, ein zweiter Prozeß gar nicht begonnen werden darf.

Ebenso ist es erklärlich, daß der Einwand des Vergleiches und der Einwand des Kompromisses in dieselbe Reihe treten. Mit dem Einwande des Vergleiches sagt man zwar in erster Reihe, daß bezüglich des ursprünglichen Anspruchs oder des ursprünglich behaupteten Anspruchs eine Neuerung in der Art eingetreten ist, daß der durch Vergleichsvertrag erzeugte Anspruch alles frühere, mag es sein wie es wolle, ersetzt habe. Der Einwand des Vergleichs ist insofern materiellrechtlich; wird aus dem ursprünglichen Verhältnisse geklagt, so besagt der Einwand des Vergleichs, daß das ursprüngliche materielle Verhältniß nicht mehr bestehe und das durch den Vergleich geschaffene Verhältniß an seine Stelle getreten sei. Aber dem Vergleich ist auch eine prozessualische Seite abzugewinnen. Mit dem Vergleich als dem Akte des Sichvergleichens, Sichvertragens haben die Parteien erklärt, daß der durch Vergleich konsumirte Anspruch nicht mehr in den Prozeß hineingetragen werden soll, daß bezüglich dieses Anspruchs der Prozeß unterbleiben soll. Sie haben damit zugleich einen prozessualen Vertrag abgeschlossen — allerdings nicht einen direkten prozessualen, aber einen indirekten, sofern nämlich aus dem materiellrechtlichen Vertrage per consequentiam auch eine prozessuale Folge sich ergiebt: haben die Parteien an Stelle des ursprünglichen materiellen Verhältnisses zum Zweck des Sichvertragens ein anderes gesetzt, so haben sie damit per consequentiam das alte Verhältniß auch prozessual ausgeschlossen; denn dieser prozessuale Ausschluß liegt in dem Zwecke des erzielten Vergleiches und des erzielten Vergleichsergebnisses.

Wieder anders verhält es sich mit dem Kompromiß. Das Kompromiß ist zunächst ein prozessualischer Vertrag, sofern es den Prozeß

---

1) Die prozessuale Natur der Einrede der entschiedenen Sache tritt auch in den Bestimmungen hervor, wonach derjenige gestraft wird, welcher nach Entscheidung der Sache nochmals klagt: es tritt hier der Gesichtspunkt hervor, daß eine solche Klage eine Verletzung der Rücksichten enthält, welche man der öffentlichen Gewalt schuldet. Solche Bestimmungen sind nicht selten; vgl. beispielsw. das Schlettstadter R. v. 1292 bei Winkelmann, Acta imperii II, p. 153. Vgl. auch Esmein, Nouv. Rev. hist. XI, p. 545 f.

ausschließt und sofern es erklärt, daß das Schiedsgerichtsergebniß, einem Prozeßergebniß analog, den Streit enden solle.[1]) Indirekt steckt darin allerdings auch ein materiellrechtliches Element, aber nur indirekt: sofern nämlich dieses Ergebniß, ebenso wie die prozessualische res judicata, zugleich eine materielle Wirkung hat und eine (mögliche) Verschiebung der materiellen Rechtslage herbeiführt.

Daraus ergiebt sich: die Einwände der res judicata, des Vergleichs und des Kompromisses können eine materiellrechtliche und eine prozessualische Richtung annehmen, sie sind exceptiones dilatoriae und peremtoriae zugleich; und dies ist der tiefere Sinn des kanonistischen Gedankens, der seiner Zeit so lebhaft die Gemüther erregt hat.

Damit, daß diese Einwände auch prozessualischer Natur sind, folgt nicht schon, daß sie auch nach § 247. 248 C.P.O. behandelt werden sollen. Es kann ein Einwand prozessualer Natur sein und doch möglicher Weise diesen Paragraphen nicht unterliegen, da die P.O. limitativ ist und bestimmt erklärt, daß sie nur gewisse Verträge als „prozeßhindernde" Verträge anerkennt. Damit ist nicht gesagt, daß andere Verträge nicht auch prozessualer Natur sein können; aber es ist gesagt, daß andere Verträge, auch wenn sie prozessualer Natur sein sollten, nicht nach Maßgabe der §§ 247. 248 behandelt werden.

Von den drei genannten Verträgen fällt nun nur das Kompromiß unter die von der P.O. geschaffenen Kategorieen, sofern das Kompromiß zugleich eine Vereinbarung über die Unzuständigkeit der Gerichte enthält.[2]) Dagegen kann die res judicata nicht unter die Rechtshängigkeit und auch der Vergleich nicht unter die Unzuständigkeit der Gerichte eingereiht werden. Dies hat allerdings noch einen besondern Grund. Da nämlich beide Einwände principaliter materiellrechtlicher Natur sind, so hätte die C.P.O. sie nur dann an dieser Stelle einreihen können, wenn sie zugleich (wie das kanonische Recht), den Vorbehalt gemacht hätte, daß dieselben auch noch (qua materiellrechtliche Einwände) nachgebracht, in den spätern Stadien des Prozesses nachgeschoben werden können. Mindestens wäre dieser Vorbehalt für den Einwand des Vergleiches erforderlich gewesen; wovon alsbald noch (S. 99) zu sprechen sein wird.

Da nun aber die genannten Einwände den §§ 247. 248 C.P.O. nicht unterliegen, so fragt es sich, ob ihre Doppelnatur für unsern

1) Vgl. meine Abhandl. in Gruchot's Beiträgen, Bd. 31 S. 293. 482. Wenn Wilmowski-Levy (S. 380) entgegenhalten, daß man mit demselben Rechte auch das pactum de non petendo als prozessualischen Vertrag ansehen könne, so ist dies unrichtig; gegen diesen Einwand vergleiche meine Abhandl. in Grünhut's Zeitschr., Bd. 14 S. 19 f.

2) Vgl. meine Abhandl. in Gruchot's Beiträgen, Bd. 30 S. 482, Bd. 31 S. 293 f.

Prozeß überhaupt noch von praktischer Tragweite sein kann. Unzweifelhaft. Jedenfalls ergiebt sich hieraus, daß in solchen Fällen nicht nur eine materielle Klagabweisung, sondern auch eine absolutio ab instantia erfolgen kann; und dieses hat den Vortheil, daß eine Abweisung der Instanz erfolgen kann, obgleich die Sache noch ihre materiellen Zweifel hat. Man denke sich den Fall, daß ein Vergleich unter einer Bedingung abgeschlossen worden ist, und zwar in der Weise, daß bis zur Erledigung der Bedingung die Sache überhaupt nicht angerührt werden soll: hier kann absolutio ab instantia ergehen, obgleich die Bedingung noch in Schwebe ist. Ebenso kann, wenn der Vergleichsabschluß sicher, der Inhalt des Vergleichs aber bestritten ist, jedenfalls die auf den ursprünglichen Anspruch gegründete Klage mit absolutio ab instantia zurückgewiesen werden, da, ohne Rücksicht auf den Inhalt des Vergleichs, jedenfalls so viel sicher ist, daß der ursprüngliche Anspruch nicht mehr prozessualisch behandelt werden soll.

Auch bei der res judicata kann die Frage in Betracht kommen. So, wenn es sicher ist, daß ein für das Inland maßgebendes Urtheil im Auslande ergangen ist, über den Inhalt desselben aber Zweifel bestehen.

Bevor wir in der Sache weiter fahren, müssen wir aber noch zwei wichtige Punkte ins Auge fassen. Erstens, ob überhaupt eine absolutio ab instantia Rechtskraft schafft; denn wäre dies nicht der Fall, so würde das seitherige Ergebniß in seiner praktischen Brauchbarkeit bedeutend beeinträchtigt. Meines Ermessens kann nun aber an der Rechtskraft einer solchen Entscheidung nicht im mindesten gezweifelt werden. Mit der absolutio ab instantia spricht das Gericht aus: nicht nur daß der gegenwärtige Prozeß abgeschnitten werden muß, sondern daß ein Prozeß über den betreffenden Anspruch unter den besonderen Voraussetzungen überhaupt nicht erfolgen darf. Allerdings ist ein zweiter Prozeß ein individuell anderer Prozeß, und man könnte daher an der eadem causa zweifeln; allein ein zweiter Prozeß über dieselbe Sache, unter denselben prozessualen Voraussetzungen, und zwar unter Gleichheit derjenigen prozessualischen Voraussetzungen, kraft welcher die vorige Entscheidung ergangen ist, äquivalirt vollkommen die erstere Entscheidung, in welcher auf absolutio ab instantia erkannt worden ist: die res judicata aber bezieht sich nicht nur auf das individuelle idem, sondern auch auf das Aequivalent — ebenso wie die Entscheidung über die eine actio zugleich die andere trifft, sofern eben die beiden Aktionen nur die Aequivalente desselben Forderungsrechtes sind, und ebenso wie die Entscheidung über eine präjudizielle Frage zugleich für alle Konsequenzfragen maßgebend ist — denn der wirkende präjudizielle Punkt,

der in den Konsequenzfragen zu Tage tritt, ist das Aequivalent für die Präjudizialfrage, die als Hauptfrage erledigt worden ist. Allerdings gilt die absolutio ab instantia nur rebus sic stantibus, d. h. sie gilt nur, sofern nicht in dem bei der Entscheidung maßgebenden prozessualischen Verhältnisse eine die Entscheidung berührende Aenderung eingetreten ist — insofern gilt sie aber auch.

Eine zweite prinzipiellere Frage ist es, ob denn das Gericht überhaupt ein Sachurtheil geben kann, wenn die Prozeßvoraussetzungen fehlen; mit anderen Worten, ob nicht die Eigenschaft als Prozeßeinrede dem Einwande überhaupt die Eigenschaft als Sacheinwand benimmt, da im Falle solcher prozessualer Mängel das Gericht gar nicht in der Sache entscheiden soll, auch nicht in einer den Klaganspruch abweisenden Art. Diese Frage ist leicht zu erledigen, sofern es sich um eigentliche exceptiones handelt, d. h. um solche Thatbestände, welche das Gericht überhaupt nur dann nach bestimmter Seite berücksichtigen darf, wenn diese Berücksichtigung von der Partei begehrt worden ist; denn hier läßt sich die Sache sehr einfach dahin gestalten, daß es eben von der Willkür der Partei abhängt, ob sie aus dem Thatbestande eine materielle oder prozessuale Einrede ableitet und den Thatbestand daher nach der einen oder nach der anderen Seite kehrt; bringt die Partei den Einwand nicht als prozessualen vor, so kann das Gericht den prozessualen Mangel nicht berücksichtigen, er ist für das Gericht blos potentiell, nicht aktuell. Daher kann die Partei den Einredethatbestand ohne weiteres nach der materiellen Seite kehren und es kommt überhaupt nicht in Betracht, daß er auch prozessual zugespitzt werden könnte.

Schwieriger ist allerdings die Sache, wenn es sich um ein von Amtswegen zu berücksichtigendes Mängelverhältniß handelt. Gerade hier könnte man sagen, daß der Richter im Falle prozessualer Voraussetzungsmängel überhaupt nicht sachlich urtheilen dürfe und daß daher ein klagabweisendes Sachurtheil begrifflich ausgeschlossen sei. Allein dies wäre eine nur formale Argumentation; man würde damit verkennen, daß mit einer totalen Sachabweisung dem Beklagten noch besser geholfen ist, als mit der absolutio ab instantia; und man würde übersehen, daß es Prozeßvoraussetzungen giebt, welche nicht auf den fundamentalen Gestaltungsprinzipien des Prozeßrechtsverhältnisses beruhen, sondern auf der Beziehung des Prozesses zu anderen Staats- oder Individualaufgaben — Prozeßvoraussetzungen, in deren Ermangelung weniger von Prozeßmängeln, als von Prozeßhindernissen zu sprechen ist. Dahin gehört der Einwand der Litispendenz, dahin der Einwand der res judicata. Wenn nun das Gericht in einem Falle,

wo bereits einmal entschieden worden ist, den Kläger nicht mit der absolutio ab instantia nach Hause schickt, sondern sein ungerechtfertigtes Klagbegehren mit einer sachlichen Anspruchsabweisung zu Boden wirft, so wird damit dem staatlichen Prinzipe, daß in derselben Sache nicht doppelt prozessirt werden soll, nicht zu nahe getreten; wozu kommt, daß vielleicht das erste Urtheil unklar und zweideutig war und eine nochmalige Abweisung die Sache außer allen Zweifel setzt und damit zugleich eine declaratoria bildet.

Wir haben seither von Prozeßhindernissen gesprochen, welche auch von Amtswegen berücksichtigt werden dürfen. In der That ist das Gebiet der eigentlichen Prozeßexceptionen, d. h. der Thatbestände, welche, wenn auch dem Gerichte prozessualisch bekannt, nur auf Antrag der Partei berücksichtigt werden dürfen, ein sehr beschränktes. Von den in der P.O. § 247 aufgezählten sechs Einreden gehört in der That nur der Fall 4 und 5 hierher. Denn daß der Einwand der Inkompetenz[1]) keine eigentliche Einrede ist, daß vielmehr das Gericht die Kompetenz von Amtswegen zu berücksichtigen hat, und daß dieser Umstand nicht dadurch alterirt wird, daß im Falle der Einlassung des Beklagten eine Quasiprorogation eintreten kann, habe ich bereits an anderer Stelle gezeigt[2]): mit der Quasiprorogation ist eben das Gericht kompetent geworden; das Gericht entscheidet, daß es nunmehr kompetent ist.

Fraglich kann die Sache nur bei dem Einwande der Litispendenz sein; und daran schließt sich unsere Frage über den Einwand der res judicata. Daß zunächst, bezüglich der Litispendenz, aus dem § 235 Ziffer 1 nichts zu entnehmen ist, versteht sich von selbst; die P.O. bedient sich des Ausdruckes „Einrede" in dem allgemeineren Sinne, in welchem man auch von Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, oder im Civilrecht von der Einrede der Zahlung spricht. Was aber die res judicata betrifft, so hat man sich so sehr an die Formel: exceptio rei judicatae gewöhnt, daß vielfach das lebendige Bewußtsein des Sachverhaltes nicht zur richtigen Geltung kam. Denken wir uns den Fall, daß ein Kläger die Klage so begründete: Ich bin zwar in derselben Sache schon einmal rechtskräftig abgewiesen worden; doch erhebe ich die Klage nochmals, weil ich jetzt eine günstigere Entscheidung erhoffe. Ich frage: dürfte der Richter in einem solchen Falle, bei Aus-

1) Von der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist es sicher, daß das Gericht sie zu berücksichtigen hat, selbst wenn es der Kläger ist, welcher sie geltend macht; Reichsgericht 23. Decbr. 1886, Entsch. XVII, S. 176. 177: „für die hierüber von Amtswegen zu treffende Entscheidung ist die Auffassung der Parteien bedeutungslos". Vgl. auch Oberlandesgericht Karlsruhe 18. Juni 1886, Bad. Annalen, Bd. 53 S. 103.

2) Archiv f. civ. Praxis, Bd. 70 S. 220 f.

bleiben des Beklagten, ein verurtheilendes Versäumungserkenntniß erlassen? Würde man dies nicht etwa in gleicher Linie stellen mit dem Falle, wenn der Kläger auf solche Weise sich expectorirte: „Die Forderung ist zwar bezahlt worden, ich mache sie aber einstweilen nochmals geltend, da vielleicht der Beklagte die Einrede der Zahlung unterlassen wird"?

In der That ist der Grund, welcher in Rom zur Exceptionsnatur des res judicata-Einwandes geführt habt, klar ersichtlich; er ergiebt sich aus Gajus IV 103 f., III 181; er beruht auf dem staatsrechtlichen Gegensatz zwischen den Prozessen, welche aus dem alten jus civile originirten, und den Prozessen, welche sich auf prätorisches Recht stützten, sei es daß das Gericht nicht ein judicium legitimum[1]), sondern ein judicium imperio continens war, oder daß es sich um eine formula in factum concepta oder um eine der (speziell prätorisch gebildeten) formulae in rem handelte[2]): in allen diesen Fällen konnte die Prozeßkonsumtion und darum die abschließende Wirkung der res judicata nur kraft prätorischen Rechts eintreten und daher nur durch exceptio zur Geltung gebracht werden.[3]) Wie nun mit dem Schwinden des Legisaktionenprozesses und der judicia legitima der Einwand der res judicata zur allgemeinen exceptio geworden ist, ist bekannt. Mit dem Aufhören des Formularprozesses hat aber der Gedanke der exceptio seine Schärfe eingebüßt und über die Substitution des neueren, auf das Aktionsbedürfniß der beklagten Partei gegründeten Exceptionsbegriffes an Stelle der früheren historischen, auf der Duplicität des Rechts beruhenden exceptio ist man sich in Rom nicht genügend klar geworden. Jedenfalls tritt die Fortdauer eines Systemes der Exceptionsnatur der res judicata, wie sie sich z. B. in c. 2 de judiciis zeigt, in scharfen Gegensatz zu dem Prinzip, daß ein Urtheil, welches über eine bereits entschiedene Sache nochmals entscheidet, nichtig sei, — einem Prinzipe, welches die römischen Quellen von Alexander Sever an in der energischsten Weise statuiren, c. 1 quando provocare necesse non est[4],

---

1) Ueber die Bedeutung der judicia legitima als der Gerichte nach Maßgabe der Julischen Stadtgerichtsordnung vgl. insbesondere Wlassak, Römische Prozeßgesetze, S. 191 f.

2) Ueber die formula petitoria und ihre Entstehung vgl. neuerdings Wlassak a. a. O. S. 115 f. Vgl. auch noch zu dem Gesagten Eisele, Materielle Grundlage der Exeptio, S. 154 f., 159 f. und neuerdings: Abhandlungen zum römischen Civilprozeß S. 25 f. 104 f. Etwas abweichende Erklärungen von Keller, Krüger u. s. w sind bekannt.

3) Ob und wie mit der ipso jure-Konsumtion die weitere Folge zusammenhängt, daß lites contestatae legitimo judicio durch capitis deminutio untergehen (Gajus III 83), kann hier dahingestellt bleiben.

1) Die c. 1 ist vom Jahre 222, die oben erwähnte c. 2 de judic. vom Jahre 210.

c. 1 sententiam rescindi non posse, c. 9 de sentent. et interloc. Denn sollte der Richter mit offenen Augen in ein nichtiges Urtheil hineinlaufen — in Fällen, wo aus irgend einem Grunde vom Beklagten keine entsprechende exceptio erhoben worden ist? Sollte der Richter in solchen Fällen ein nichtiges Urtheil geben müssen, weil er nicht anders kann, weil er die die Nichtigkeit involvirende res judicata nicht berücksichtigen dürfte? Doch schwerlich ein haltbarer Zustand; und die Unverträglichkeit dieser zwei diametralen Sätze wäre im gemeinen Rechte längst hervorgetreten, wenn man über den Exceptionsbegriff richtigere Vorstellungen gehabt hätte.[1])

Nach der heutigen C.P.O. gilt nun zwar der Rechtssatz von der Nichtigkeit des zweiten Urtheils nicht mehr; von zwei widersprechenden Entscheidungen geht die zweite der ersteren vor und das Vorhandensein der ersteren, wenn unbekannt und verborgen, kann höchstens Restitutionsgrund sein. Nichtsdestoweniger muß nach unserem heutigen Recht ein in der Sache gefälltes Urtheil von Amtswegen berücksichtigt werden, weil es ein Princip unserer Staatsordnung ist, daß ein und dieselbe Sache nur einmal entschieden werden soll. Das Gegentheil würde zu einer unnöthigen und beschwerlichen Ueberlastung der Gerichte führen, und würde zudem das Ansehen der gerichtlichen Entscheidungen wesentlich schwächen. Und man kann nicht sagen, daß schon das Interesse der Parteien vor einer doppelten und dreifachen Inanspruchnahme der Gerichte schützen würde. In vielen Fällen spekulirt der Kläger auf die Abwesenheit des Beklagten; unser Recht läßt Prozesse gegen Abwesende zu, bei welchen die größte Wahrscheinlichkeit besteht, daß der Beklagte von der Ladung keine Kenntniß erlangt. Sollte in diesen Fällen der abgewiesene Kläger es in der Macht haben, auf solche Weise eine Revision seiner Sentenz zu erlangen und dies in Kraft eines verurtheilenden Kontumazialurtheiles, obgleich es allermänniglich bekannt ist, daß derselbe Richter vor einigen Monaten die Klage abgewiesen hat? Und in Fällen, wo die Parteien sich nicht spinnfeindlich gegenüberstehen, würde nicht selten eine Vereinigung

1) Daher können Entscheidungen, wie die des Paulus in fr. 25 de dolo malo und fr. 46 § 5 de adm. tut., vgl. auch noch c. 2 de jud., für uns nicht mehr maßgebend sein; in einem derartigen Falle kann nur mit einer Restitutionsklage und nur in den Formen und Fristen dieser geholfen werden. Anders, wenn das Urtheil unter dem Geding erwirkt worden wäre, daß dasselbe nur unter bestimmten Voraussetzungen oder in bestimmter Weise geltend gemacht werden solle; hier könnte gegen ein vertragswidriges Verfahren eine Vollstreckungsgegenklage nach § 686 C.P.O. geltend gemacht werden: sie könnte geltend gemacht werden auf Grund des dolus subsequens, da ja das vertragswidrige Verfahren dem Urtheile nachgefolgt ist. Vgl. übrigens auch fr. 8 § 1 mand.

dahin zu erzielen sein, daß etwa ein Urtheil der ersten Instanz, welches in appellatorio schwebt, von den Parteien preisgegeben wird und die Parteien vor dem ersten Richter (etwa wenn die Person gewechselt hat) den Prozeß erneuerten.[1])

Besonders bedenklich wäre die Sache in Ehestreitigkeiten. Sollte es gestattet sein, daß der abgewiesene Kläger drei- und viermal (mit Einwilligung des beklagten Theiles) die Klage erneuerte? Man sage hiergegen nicht, daß der Richter Thatsachen und Beweise ad conservandum matrimonium von Amtswegen berücksichtigen dürfe, und daß der Staatsanwalt sich auf solche Dinge berufen könne — hier handelt es sich nicht um die Frage, auf welche Weise das Entscheidungsmaterial dem Gerichte zugänglich wird: hier handelt es sich um die Frage, ob etwas exceptio ist oder nicht, d. h. ob es, wenn dem Richter prozessualisch zugänglich gemacht, von ihm von Amtswegen berücksichtigt werden darf, oder nur dann, wenn eine Partei auf Grund eines solchen Sachverhalts die Klagabweisung begehrt.

Damit dürfte erwiesen sein, daß heutzutage gar kein Grund vorhanden ist, die res judicata als bloße exceptio zu behandeln, daß mit andern Worten kein Grund vorhanden ist, die Thatsache des bereits gegebenen Urtheils nur dann der richterlichen Berücksichtigung zu eröffnen, wenn von beklagter Seite auf Grund dieser Thatsache ein Abweisungsantrag gestellt ist. Wie die Antragsdelikte im Strafrecht, so sind im Civilrecht die exceptiones Ausnahmen, welche ihres Beweises bedürfen, wenn auch nicht ex lege, so doch aus den leitenden Gedanken des Rechtssystems und den Zwecken des Institutes. Daß der Einwand der Verjährung exceptio ist, ergiebt sich aus dem Charakter der Verjährung, kraft dessen es in das Gewissen des Schuldners gestellt sein soll, eine verjährte Forderung zu bezahlen oder nicht; die exceptio compensationis ist eine wahre exceptio, weil es im Vortheil des Beklagten sein kann, von der Kompensation keinen Gebrauch zu machen. Aber bezüglich der res judicata liegen alle diese Umstände nicht vor.

Natürlich setzen auch wir voraus, daß die Thatsache der res judicata entweder notorisch ist oder daß sie sich aus den Vorträgen der Parteien ergiebt, d. h. daß die Thatsache dem Richter in prozeßgemäßer Weise zur Cognition gelangt ist. Mit andern Worten: wir verlangen dasselbe, wie bei der Einrede der Zahlung oder des Erlasses. Das muß aber auch genügen. Die Thatsache kann auf die verschiedenste

1) Vgl. meine Civilprozessualischen Rechtsaufgaben Nr. 10.

Weise zu richterlicher Kenntniß gelangen, ohne daß der Beklagte eine exceptio vorschützt: der Kläger erwähnt die Thatsache, er gesteht sie zu auf richterliches Befragen, sie ergiebt sich aus Akten, welche auf Antrag des Klägers erhoben werden[1]; oder der Beklagte trägt die Thatsache gelegentlich eines anderen Einwandes vor, leitet aber daraus keine Exception ab; oder aber, was hier besonders häufig vorkommen wird: die Thatsache ist notorisch. Für alle diese Fälle wird die Frage brennend. Ueberall wird man sagen müssen: Sobald die Thatsache in prozeßgemäßer Weise dem Richter vorliegt, hat er sie zu berücksichtigen, ohne Unterschied, ob daraus eine Einrede abgeleitet wird oder nicht.

Dieselben Gründe, welche für die res judicata maßgebend sind, müssen auch bezüglich der Litispendenz entscheiden; denn auch hier handelt es sich darum, daß kein Doppelverfahren stattfindet, welches ja zu verschiedenen, einander widersprechenden Sentenzen führen könnte.

Soweit, was den Einwand der Pendenz oder des Entschiedenseins der Sache angeht.

Was aber den Einwand des Vergleiches betrifft, so ist es sicher, daß er als materieller Einwand ebenso von Amtswegen berücksichtigt werden muß, wie etwa Zahlung, Erlaß oder Novation. Ganz anders ist die Frage, ob aus demselben Sachverhältniß ein prozessualischer Einwand abgeleitet werden kann. Hier wird man nun sagen: das Postulat, daß über eine Sache, über welche die Parteien sich verglichen haben, nicht nochmals prozessirt werden soll, ist ein Postulat lediglich der Partei-, nicht der Gerichts- und Staatsinteressen. Allerdings soll ein abweisendes Urtheil erfolgen, wenn der Anspruch im Vergleich (gegen eine Gegenleistung) erlassen worden ist; aber darum den Prozeß zu verweigern, liegen keine genügenden Gründe vor. Der Vergleich könnte ja nichtig sein; er könnte von einer Resolutivbedingung abhängen, er könnte besondere Klauseln enthalten; soll deshalb a priori der Prozeß verweigert werden, sobald das Gericht die Thatsache des Vergleiches kennt? Gewiß nicht. Und die Motive, wie bei der res judicata, daß die Staatsthätigkeit nicht mehrfach in derselben Sache in Anspruch genommen werden soll, treffen nicht zu; hier ist es lediglich das Interesse des Beklagten, nicht unnöthig prozessirt zu werden. Aus diesem Grunde kann nur der Beklagte aus der Thatsache des rechtswirksamen Vergleiches eine prozessuale Einrede ableiten.

---

1) Vgl. meine Rechtsfälle zum Studium des französischen Civilrechts I, S. 20 f.

Gehen wir endlich auf den Kompromißeinwand über, so ist es sicher, daß durch ein Kompromiß die Zuständigkeit der Gerichte aufgehoben wird, mithin, da die Zuständigkeitsfrage von Amtswegen berücksichtigt werden muß, ein Kompromiß von Amtswegen in's Auge zu fassen ist. Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß das unzuständige Gericht zuständig wird, sobald der Beklagte sich einläßt, ohne die Unzuständigkeit zu rügen.

Erheben wir uns nun von der lex lata zur lex ferenda, so werden wir es als ein Postulat künftiger Gesetzgebung aufstellen, daß der Einwand der res judicata und des Vergleiches mit der Wirkung der § 247. 248 bekleidet werden; wobei aber die res judicata jedenfalls auch in späteren Prozeßabschnitten geltend gemacht werden kann — als von Amtswegen zu berücksichtigend; während bezüglich des Vergleiches der Satz gilt, daß der Vergleich, wenn er als prozessualischer Einwand benutzt wird, in limine litis zu bringen ist, daß er aber im ganzen Verlaufe des Prozesses als civilistischer Einwand berücksichtigt werden muß.

§ 2.

Ganz besonders interessant ist auch hier das englische Recht; es ist von einer Beweglichkeit, die in Erstaunen setzt, seine Bildungen schließen sich in ganz beispielloser Weise den Umständen des einzelnen Falles an, indem sie die Starrheit ablegen und die schärfsten Gegensätze in organischer Weise zu vereinigen vermögen. Das richterliche Dekret, welches den Prozeß zum Stehen bringt und seinen weiteren Fortschritt hindert, ist das Staying-Dekret. Das Gericht kann stay, es kann auch dismiss eine Klage, wenn dieselbe als frivol und offenbar unbegründet erscheint, Rules Order XXV, 4.[1]) Das Gericht kann stay, wenn die Parteien die Sache an Schiedsrichter überlassen haben; vgl. Moffat v. Cornelius, Spartali v. Van Hoorn[2]); oder an ein ausländisches Gericht, Law v. Garrett.[3]) Das Gericht kann stay, wenn eine Klage erhoben wird, welche auf denselben Anspruch gebaut ist, wie eine bereits obschwebende Klage[4]); noch mehr, wenn eine Klage erhoben wird, nachdem der betreffende Anspruch bereits gericht-

---

1) Daniell II 2 p. 1934, Archbold I, p. 372. Dies insbesondere auch, wenn es sich um eine Klage gegen einen öffentlichen Beamten handelt.
2) Daniell II 2 p. 1934 f.; Archbold I, p. 374 f.; Andrews and Stoney p. 37. Vgl. namentlich 17. 18. Vict. c. 125 s. 11.
3) Andrews and Stoney p. 38.
4) Andrews and Stoney p. 378; Daniell II 2 p. 1948 f.; Archbold I, p. 369.

lich entschieden ist.[1]) Dasselbe gilt auch bezüglich obschwebender ausländischer Prozesse und bezüglich ausländischer Urtheile, sofern nämlich das Gericht solches angemessen findet.[2]) Ebenso findet ein staying statt, wenn der Beklagte der Klage nachgiebt und bereit ist, alle Kosten zu bezahlen.[3])

§ 3.

Aus dem Obigen ergiebt es sich, daß die Prozeßeinreden und die materiellen Einreden, so sehr sie begrifflich durch eine tiefe Kluft getrennt sind, sich doch wieder im Leben die Hände reichen. Es giebt keinen begrifflichen Abgrund, über welchen nicht die organischen Gebilde des Lebens ihre Brücke schlingen. Es soll die That Bülows nicht verkümmert werden, sofern er den tiefen Abgrund aufgewiesen hat, welcher zwischen beiden Arten von Einwendungen gähnt; auf der andern Seite aber darf, nachdem der begriffliche Gegensatz erkannt ist, durchaus nicht vergessen werden, daß die Gebilde des Lebens, insbesondere auch des Prozeßlebens, äußerst flexibel sind, mitunter aus begrifflich entgegengesetzten Elementen bestehen und daß aus einem und demselben Stamme bisweilen die entgegengesetzten Lebensäußerungen hervorgehen. Die Erkenntniß der begrifflichen Gegensätze darf uns nicht hindern, die Beweglichkeit und Wandelbarkeit der Institute zu erkennen, die häufig von einem Gegensatz zum andern sich hinüberbiegen und, wie dies in der organischen Welt überhaupt geschieht, die scharfen Ecken und Kanten durch runde Formen ausgleichen.

§ 4.

Anhang.

Den Zügen des kanonischen Rechts folgt mit besonderer Strenge der spanische Prozeß. Die spanische P.O. von 1881 zählt allerdings nur die dilatorischen, d. h. die eigentlich prozeßhindernden Einreden auf, welche den Beklagten von der Litiskontestation entbinden; das sind die Einreden der Inkompetenz, der Prozeßunfähigkeit und des Mangels der Vollmacht, der Litispendenz, der mangelnden Form der Klage und, entsprechenden Falles, des Mangels der vorgängigen Reklamation bei der Regierung (wenn es sich um Klage gegen den Staat handelt); a. 532. 533. Uebrigens kann der Beklagte bei der

1) Daniell II, 2 p. 1948 f. 1951.
2) Daniell II, 2 p. 1953; Archbold I, p. 369.
3) Daniell II, 2 p. 1939 f.; Archbold I, p. 362.

Litiskontestation, bei welcher er die peremtorischen Einreden geltend zu machen hat, auch die dilatorischen nachbringen; a. 542.

Nach der Argentinischen C.P.O. von 1880[1]) kann der Beklagte vor der Litiskontestation sowohl die esepciones dilatorias vorschützen, als auch die esepciones perentorias deducidas en forma de articulo previo. Die dilatorischen Einreden sind die Einreden der Inkompetenz, der Prozeßunfähigkeit, der Litispendenz und des Mangels der richtigen Klageform, a. 84; die genannten esepciones perentorias aber sind die Einreden der cosa juzgada, der transaccion und der prescripcion de treinta años; a. 95. Hat der Beklagte letztere Einreden vor der Litiskontestation vorgebracht, so kann er sie nicht nochmals nachträglich vorschützen, er müßte denn dieselben rechtzeitig zurückgezogen haben (a. 97). Im übrigen kann er mit der Litiskontestation peremtorische und auch dilatorischen Einreden bringen, die er nicht bereits vorher vorgebracht (a. 99).

Auch hier steht das spanische Recht wesentlich noch auf dem Standpunkt früherer Gesetzgebung; man vergleiche insbesondere das Gesetz von Alcala bei Perez I, p. 520. 571 f. und in Recompilacion (Paris 1846) IV p. 400.

Zur
Charakteristik der außerordentlichen Prozeßarten.

§ 1.

Das Wesen des Civilprozesses besteht in der — nöthigenfalls zwangsweisen — Verwirklichung des privaten Rechts. Die Verwirklichung kann erfolgen durch Execution, sie kann erfolgen durch Feststellung; denn die Feststellung ist die unverbrüchliche Basis der Verwirklichung. Diese Feststellung kann eine definitive, sie kann auch eine provisorische sein. Immer aber setzt der Civilprozeß ein Mittel der Feststellung voraus, welches einen Zwang auf den einen Theil ausübt, so daß die Feststellung nicht in seinen freiem Willen liegt — läge sie in seinem freien Willen, so wäre sie nicht mehr Sache des Prozesses — denn der Prozeß hat das Recht zu erzwingen, nicht blos seine Entwicklung zu unterstützen.

Aus den gedachten Daten geht hervor, daß das Aufgebotsverfahren kein Prozeßverfahren ist; das Wesen des Aufgebotsverfahrens

1) In den Codigos y Leyes usuales de la Republica Argentina (Buenos-Ayres 1886).

liegt in dem Ausschlusse irgend welcher bestehenden möglichen Rechte; damit ein geklärter Rechtszustand eintrete, sollen Rechte, welche nicht in einer der Rechtsordnung wünschenswerthen Weise zu Tage treten, verschwinden; das Aufgebotsverfahren hat daher eine ähnliche Funktion, wie die Verjährung und die Klagfrist, nur daß sie mit andern Mitteln und meist in kürzern Intervallen fungirt; und bei den Werthpapieren, von welchen Zins- und Dividendenscheine ausgegeben werden (§ 843 f. C.P.O.), tritt diese Aehnlichkeit besonders hervor.

Man könnte nun immerhin entgegenhalten, daß ehedem auch im Konkurs eine Ediktalcitation bei Ausschluß stattfand, und daß solche doch unzweifelhaft ein prozessualisches Verfahren darstellte; aber man würde dabei übersehen, daß hier die Ediktalcitation nur ein Bestandtheil eines Prozeßverfahrens war und daß sie — wenigstens zunächst — nicht die Bedeutung hatte, von einem vorhandenen Rechte auszuschließen, sondern nur die Bedeutung, die sich nicht Meldenden an der Erlangung eines Konkursbeschlagsrechts zu verhindern; einen direkten Verlust bewirkte sie allerdings, insofern auch Pfandgläubiger sich melden mußten und in Ermangelung der Meldung ihr Pfandrecht einbüßten — solches war aber nicht der nächste Zweck der Institution, sondern nur ein nebensächliches Accidenz.

§ 2.

Vollständig in die Sphäre des Prozesses fällt aber das Eheverfahren; und zwar sowohl was die Herstellung des ehelichen Lebens betrifft — denn hier handelt es sich um die Verwirklichung einer aus der Ehe entspringenden Pflicht —, als auch insbesondere was die Ehe-Ungültigkeits- und -Nichtigkeits- und was die Ehescheidungsklage betrifft.

Bei der Ehe-Ungültigkeit und -Nichtigkeit handelt es sich nicht um Herbeiführung eines neues Effektes, sondern um Konstatirung des vorhandenen Rechtszustandes — um Konstatirung des Rechtszustandes, wenigstens in erster Linie; denn daß eine für ungültig oder nichtig erklärte Ehe immer noch etwas anderes ist als eine Ehe, welche an sich vitiös, aber noch nicht für nichtig oder ungültig erklärt worden ist, unterliegt nicht dem mindesten Zweifel: eine zweite Ehe ist nicht statthaft, auch wenn die erste Ehe vitiös ist, solange das vitium nicht durch gerichtliche Deklaration zum Ausdrucke gelangt ist.[1]) Dazu kommt, daß bei der relativen Ungültigkeit eine Konvalescenz möglich

1) Vgl. Reichsstrafgesetzbuch § 171.

ist, sofern diejenige Person, auf deren Willen die Ungültigkeit gestellt ist, diese Ungültigkeit nicht geltend machen will oder die Zeit verstreichen läßt, innerhalb welcher die Ungültigkeit gerügt werden kann. Allein diese Aenderung der Verhältnisse kraft des richterlichen Urtheiles ist nicht auf das richterliche Urtheil als solches zurückzuführen, sie ist nicht eine Folge des Urtheiles als eines prozessualischen Aktes — sondern sie ist eine civilistische Folge der durch die res judicata herbeigeführten Sicherheit, sie tritt ein wegen der Feststellung und der dadurch herbeigeführten Zweifellosigkeit der Verhältnisse. Das Civilrecht sagt: die betreffenden Folgen sollen eintreten, sobald eine, jeden Zweifel ausschließende, Sicherheit eingetreten ist; tritt diese Sicherheit ein, so treten die civilistischen Folgen ein kraft Civilrechts. Das Urtheil fungirt daher nur als conditio sine qua non, nicht als causa causans; es ist nicht die wirkende Ursache der Veränderungen, sondern nur die Bedingung, an welche das Civilrecht die betreffenden Folgen knüpft. Es ist ebenso, wie wenn etwa ein Parteivertrag an ein Urtheil eine Folge knüpfen würde: hier wäre der Vertrag d. h. die dem Vertrag entsprechende Civilrechtsordnung die causa causans, das Urtheil nur die Bedingung, d. h. nur ein von dem Vertrag (und damit von der dem Vertrage entsprechenden Civilrechtsordnung) gesetztes Element.

Ebenso sicher ist aber auch das Ehescheidungsverfahren ein gerichtliches Verfahren. Allerdings scheint das Ehescheidungsurtheil auf eine Aenderung des Rechtszustandes, nicht auf eine Feststellung oder Verwirklichung des Rechtes hinzusteuern. Allein dieses ist nur Schein, das Wesen des Ehescheidungsverfahrens besteht darin, daß das Vorhandensein eines Ehescheidungsgrundes — und damit das Vorhandensein des Rechts zur Ehescheidung festgesetzt wird.

Dieses kommt im Code civil noch zum besondern Ausdruck: das Ehescheidungsurtheil scheidet die Ehe noch nicht; sie wird erst geschieden durch den dem Urtheil entsprechenden Eintrag ins Standesbuch[1]); das Urtheil setzt nur fest, daß der betreffende Theil das Recht der

---

1) Dies ist allerdings durch Bayerisches Ausführungsgesetz zur C.P.O. von 23. Februar 1879 für die Pfalz geändert; hier ist a. 264 Code civil aufgehoben und bestimmt, daß die Ehescheidung durch das dieselbe aussprechende rechtskräftige Urtheil bewirkt wird. Die Annahme des Oberlandesgerichts Köln von 1. November 1880 (Zeitschr. f. franz. Civilrecht XII, S. 627 f.), daß die Bestimmung des a. 264 schon an sich durch die C.P.O. aufgehoben worden sei, ist entschieden unrichtig, da diese Bestimmung eben nicht civilprozessualer Natur ist; denn die Funktion des Civilprozesses im Ehescheidungsverfahren hat mit der prozessualischen Feststellung ihr Ziel erreicht.

Scheidung hat; derselbe kann hier noch nach dem Urtheil auf dieses Recht verzichten — und die Ehe bleibt bestehen.

Aber auch wo der Effekt der Ehetrennung unmittelbar an das Urtheil geknüpft wird, ist die Sache nicht anders. In diesem Falle tritt allerdings zugleich mit dem Urtheil eine Aenderung des Rechtszustandes ein — aber sie tritt nicht ein **durch** das Urtheil, sondern durch den von Seiten des Klägers geäußerten und bis zum Urtheile durchgeführten Trennungswillen. Die Aeußerung des Trennungswillens allein würde allerdings noch nicht genügen; unsere moderne Gesetzgebung gestattet nicht, wie die antike, daß im Falle des Ehescheidungsrechts eine formale oder formlose Erklärung des berechtigten Ehegatten die Ehe trennt; unser modernes Recht will zum Zwecke der Sicherheit der Eheverhältnisse, daß eine Trennungserklärung nur dann die Ehe lösen soll, wenn das Recht des Erklärenden zur Ehescheidung gerichtlich festgesetzt ist. Nun steht aber nichts im Wege, daß in der Klage bereits eine Trennungserklärung erblickt wird und daß eine solche weiter darin erblickt wird, daß der Kläger seine Klage bis zum Urtheil weiter führt, so daß mit dem Urtheile beides zusammenfällt: Feststellung des Ehescheidungsrechts und Perfektion der Ehescheidungserklärung — wie ja auch sonst die Rechtsordnung öfters zwei Rechtsaktionen, die streng genommen einander nachfolgen sollten, zusammenfallen läßt. Die Ehescheidungsklage hat in einem solchen Falle einen doppelten Charakter: sie hat den Charakter der prozessualen Feststellungsklage und den Charakter der civilistischen Trennungserklärung.

Daraus folgt auch, daß, wenn der eine Ehegatte während des Prozesses stirbt, eine Fortsetzung des Prozesses nichts Unmögliches ist: die Rechtsordnung kann in der Klagerhebung bereits die civilistische Trennungserklärung als an sich vollendet betrachten, so daß sich die Sache des weiteren nur kraft der vis inertiae fortspinnt; so daß der weitere Prozeß nicht mehr als Bestätigung und Fortsetzung der Trennungserklärung betrachtet wird, sondern nur noch den prozessualen Zweck der Feststellung verfolgt; so ist es denkbar, daß eine begonnene Ehescheidungsklage von den Erben fortgesetzt wird: die Erben dürften die Ehescheidungserklärung nicht abgeben, aber sie dürfen, wenn eine in sich abgeschlossene Erklärung gegeben ist, die Feststellung des Ehescheidungsgrundes betreiben. Und hiergegen würde auch der Umstand nicht sprechen, daß während des Prozesses eine Versöhnung möglich ist, welche die Trennungserklärung noch rechtzeitig redressirt — in solchem Falle tritt mit der Versöhnung eine Gegenaktion ein, und durch die Gegenaktion wird die vis inertiae gebrochen.

Ich sagte, daß eine solche Gestaltung möglich ist; ob sie wirklich besteht oder nicht, hängt von dem maßgebenden Civilrechte ab; wünschenswerth ist eine solche Gestaltung nicht — darüber habe ich mich bereits an anderem Orte ausgesprochen.[1])

Die gegebene Entwickelung zeigt auch, daß es guten Sinn hat, wenn beide Ehegatten klagend und widerklagend gegen einander die Ehescheidung verlangen. In diesem Falle erklärt ein jeder der beiden Theile: ich will geschieden sein, und ein jeder verlangt die Festsetzung, daß auf seiner Seite ein Ehescheidungsgrund vorliegt, d. h. daß er ein Recht auf die Ehescheidung hat und daß daher seine Ehescheidungserklärung auf einem Rechte auf Scheidung beruhe. In einem solchen Falle kann der eine mit seiner Klage abgewiesen, die Klage des andern für begründet erklärt — es kann auch die Klage beider für begründet erklärt werden; die civilistischen Unterschiede, welche sich hieraus entwickeln, bedürfen keiner weiteren Ausführung.

Aus dem Gesagten ergiebt es sich auch, daß nur das Ehescheidungsverfahren ex causa ein gerichtliches Verfahren ist, nicht aber die Ehescheidung communi consensu, wie sie beispielsweise der Code Napoléon a. 275—294 statuirt hat. Denn hier soll nicht festgesetzt werden, daß ein Ehescheidungsgrund vorliegt: hier soll der von beiden Seiten abgeschlossene Lösungsvertrag, nachdem er durch die verschiedenen Stadien der Prüfung hindurchgegangen ist, seine rechtspolizeiliche Sanktion erlangen. Dieses Verfahren wird daher durch die C.P.O. nicht berührt.

Betrachten wir nach dem Ausgeführten das Eheverfahren der deutschen C.P.O. näher, so ist noch die Stellung des Staatsanwaltes zu charakterisiren, damit ein volles Verständniß dieser Procedur möglich ist. Bei der Ehenichtigkeitsklage ist der Staatsanwalt Kläger oder streitgenössischer Intervenient. Ist er Kläger und erhebt er als solcher die Klage gegen beide Ehegatten, so liegt ein Fall vor, wo die Entscheidung beiden Beklagten gegenüber nur einheitlich ausfallen kann, wo deshalb die Streitgenossenschaft der Beklagten keine bloß formale, sondern eine materiale Streitgenossenschaft ist. Es ist zwar sonst im Laufe der civilprozessualischen Entwickelung nicht ausgeschlossen, daß zweien Kontrahenten gegenüber eine diverse Entscheidung ergeht, indem bezüglich des einen der Kontrakt als gültig, bezüglich des andern der Kontrakt als ungültig erklärt wird; allein zwei solche Urtheile können nur bestehen, wenn die Civilrechtsordnung eine einseitige Rich-

1) Grünhut's Zeitschrift XVI, S. 13.

tigkeit kennt oder wenn es sich um das Verhältniß zu Dritten handelt; abgesehen hiervon würde das eine Urtheil dem anderen widersprechen, denn das Urtheil, welches im Verhältniß zwischen A und B den Kontrakt auch nur bezüglich des A für nichtig erklärt, erklärt ihn auch nichtig bezüglich des anderen. Wo immer aber das Urtheil bezüglich des einen auch zugleich ein Urtheil bezüglich des anderen ist, da ist im Fall der Streitgenossenschaft die Nothwendigkeit gegeben, daß das Urtheil bezüglich aller Streitgenossen einheitlich ausfallen muß.[1])

Ganz anders ist die Stellung des Staatsanwaltes im sonstigen Eheprozeß. Derselbe ist keine Partei, auch kein streitgenössischer Intervenient; er ist aber auch kein accessorischer Intervenient, denn er hat nicht das Recht, an Stelle einer der Parteien Anträge zu stellen und das Verfahren zu betreiben. Er hat sich nur gutachtlich zu äußern und etwaige Thatsachen und Beweise zu bringen, welche zur Aufrechterhaltung der Ehe dienen — das erstere hat den Zweck, die richterliche Beurtheilung der Sachlage zu erleichtern, und das letztere ist gleichfalls eine Unterstützung des Richters, denn der Richter könnte auch von Amtswegen derartige Thatsachen und Beweise berücksichtigen, auch wenn sie von den Parteien nicht gebracht sind. Der Staatsanwalt tritt überhaupt nicht auf Seite einer bestimmten Partei auf; sein Wirken soll allerdings hauptsächlich das verhüten, daß ein Ehescheidungsgrund angenommen wird, wo keiner vorhanden ist; allein es ist nichtsdestoweniger das Recht und die Pflicht des Staatsanwaltes in seiner gutächtlichen Aeußerung auch dasjenige, was für das Ehescheidungsrecht spricht, gebührend zu betonen. Der Staatsanwalt hat daher weder die Stellung einer Partei noch die eines Gehülfen der einen Partei; er ist vielmehr, wie der Staatsanwalt im französischen Civilprozeß, ein Gehülfe des Richters; er hat die Aufgabe, durch seine unparteiische Prüfung und Darlegung des Sachverhaltes die Thätigkeit des Richters zu unterstützen; er hat sie zu unterstützen nicht wie der Zeuge oder Sachverständige durch Beibringung von Cognitionsmaterial, sondern durch eine der richterlichen Cognitionsthätigkeit adäquate Erkenntnißaktion.

Daß im übrigen das Eheverfahren trotz des Officialprinzips vollkommen den civilprozessualischen Allüren folgt, daß insbesondere das Officialprinzip mit den civilprozessualischen Maximen nicht im Widerspruche steht, habe ich anderwärts[2]) darzulegen versucht, so daß es genügt, darauf zu verweisen.

1) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 102 f.
2) Prozeß als Rechtsverhältniß S. 17 f., 25 f.

§ 3.

Zweifelhafter ist die Frage bei dem Entmündigungsverfahren. Hier könnte man nicht ohne Schein behaupten, daß das Verfahren nicht auf eine Festsetzung oder Verwirklichung des vorhandenen Rechts, sondern auf eine Aenderung des Rechtszustandes abziele. Allein diese Auffassung würde den inneren Gehalt des Institutes verkennen.[1]) Betrachten wir zuerst die Entmündigung wegen Geistesschwäche, so geht das Prinzip des gemeinen Rechts nicht dahin, daß der furiosus an sich handlungsfähig wäre und erst durch die Entmündigung handlungsunfähig würde. Vielmehr ist derselbe bereits kraft seiner Geistesschwäche handlungsunfähig und die Entmündigung hat lediglich deklarative Bedeutung. Allerdings knüpft sich an diese Deklaration die obrigkeitliche Fürsorge, die Aufstellung eines Vormundes, die obervormundschaftliche Interessensicherung — allein dieses ist nur die Folge dessen, daß die Handlungsunfähigkeit außer Zweifel gesetzt ist; es ist nicht eine direkte Folge der judiziellen Erklärung, sondern nur eine durch das Civilrecht und das publizistische Recht an diese gerichtliche Konstatirung geknüpfte Konsequenz. Sie könnte ebenso mit einem anderen Umstand verknüpft sein, welcher den furor in unzweideutiger Weise konstatirt, z. B. mit der Ueberführung in ein Irrenhaus.

Schwieriger erscheint die Sache, wenn nicht das Prinzip des gemeinen Rechts, sondern das französische Prinzip gilt, wornach die Akte des furiosus nur dann ungültig sind, wenn sie schenkungsweise Akte sind oder wenn die Geistesschwäche notorisch ist, so daß der Mitkontrahent den furor erkennt oder erkennen sollte[2]); wornach also eine weitergehende Handlungsunfähigkeit erst mit der Entmündigung oder Verbeistandung eintritt. Und noch schwieriger gestaltet sich die Sache bei dem prodigus, bezüglich dessen die Handlungsunfähigkeit überhaupt erst von der Entmündigung an datirt. Allein auch in diesen Fällen ist der Gedanke der, daß einer Individualität mit solcher Geistesverfassung in thesi eine Handlungsfähigkeit nicht zuzuerkennen ist, so daß, wenn trotzdem seine Rechtsakte aufrecht erhalten werden, sie aufrecht erhalten werden im Interesse der Sicherheit des Verkehrens, weil im Verkehr nicht blos der Einzelne mit seinen Anlagen und Fähigkeiten, sondern vor allem die Gesammtheit mit ihren Aufgaben und Bedürfnissen in Betracht kommt. Wenn daher die Rechtsordnung

---

1) Unrichtig Wach, Handbuch des C.P.R. I, S. 57 f.

2) Ueber die Auslegung des a. 503 C. civ. vgl. auch Reichsgericht 6. Juli 1886 (Entsch. XVI, S. 281).

sagt, daß eine die Handlungsfähigkeit beeinträchtigende Geistesverfassung erst berücksichtigt wird, sobald dieselbe judiziell deklarirt ist, so sagt sie nicht, daß die judicielle Deklarirung den Zweck der Rechtsänderung verfolgt, sondern sie sagt, daß die Deklarirung eines latenten Rechtszustandes nöthig ist, damit der Rechtszustand zu einem aktuellen wird — die judizielle Thätigkeit ist trotzdem eine lediglich deklarative Thätigkeit, d. h. sie liegt innerhalb der Sphäre des Civilprozesses.[1] Es verhält sich ganz ähnlich, wie bei der Eheungültigkeit oder wie in den Fällen der relativen Nichtigkeit des Civilrechts, bei welchen die Rechtsordnung die Nichtigkeit erst mit dem Momente aktuell werden läßt, in welchem die latente Nichtigkeitslage richterlich zum Ausdrucke gebracht worden ist.

So ist insbesondere das Revocationsverfahren des a. 1184 C. civ. ein prozessuales Verfahren, obgleich die Auflösung des Geschäfts kraft der s. g. lex commissoria tacita erst durch das Urtheil eintritt; ebenso ist das Revocationsverfahren des Patentrechts ein prozessuales Verfahren, obgleich erst durch das Revocationsurtheil das Patent vernichtet wird[2]): in allen diesen Fällen hat eben das Civilrecht einen bestimmten Effekt daran geknüpft, daß gewisse Verhältnisse auf prozessualischem Wege konstatirt werden; in solchen Fällen tritt allerdings mit dem prozessualen Urtheil eine Rechtsänderung ein, aber sie tritt ein kraft des Civilrechts, welches sich der prozessualen Festsetzung als Bedingung unterworfen hat.

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Verfahren der Entmündigung ebenso wie das Aufhebungsverfahren ein völlig civilprozessualisches Verfahren ist.

Aber das civilprocessualische Verfahren braucht nicht nothwendig ein Parteiverfahren zu sein, und hiermit schreiten wir zur Erklärung des amtsgerichtlichen Entmündigungverfahrens. Bekanntlich besteht ein prinzipieller Unterschied zwischen dem amtsgerichtlichen Verfahren und dem Nichtigkeits- oder Aufhebungsverfahren vor dem Landgerichte. Der Unterschied ist aber nicht der, daß das erstere der freiwilligen Gerichtsbarkeit und nur das letztere dem Prozeß angehören würde, sondern der Unterschied ist folgender.

Das amtsgerichtliche Verfahren (§ 593 f.) ist ein civilprozessuales, aber es ist kein Parteiverfahren.[3]) Wie das strafrechtliche Verfahren ein

1) Unrichtig Wach I, S. 57 f. Hiergegen auch Fischer im Z. f. Civilprozeß X, S. 415 f.
2) Vgl. mein Patentrecht I, S. 206 f.
3) Vgl. damit das Entmündigungsverfahren des Code de procéd. a. 890—897.

Parteiverfahren und ein inquisitorisches sein kann, so auch das civilprozessualische. Das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren zeigt uns das Beispiel eines parteilosen, eines inquisitorischen Civilprozesses.[1]) Zwar bedarf es eines Antrages, um das Verfahren in Anregung zu bringen, allein der Antrag macht noch nicht zur Partei — ebensowenig als der Antrag im Strafprozesse. Partei wird Jemand nur dann, wenn der Prozeß auf ein Kampfverhältniß zwischen zwei Personen angelegt ist.[2] Hier kann aber von einem solchen Kampfverhältnisse um so weniger die Rede sein, als ja diejenige Individualität, um welche es sich handelt, vermuthlich in einem Zustande der Geistesverfassung sich befindet, daß sie einen solchen Kampf nicht aufzunehmen in der Lage ist. Die Persönlichkeit, um deren Entmündigung es sich handelt, ist nicht Partei, sondern Objekt einer gegen sie gerichteten Thätigkeit des Richters — und eben dieses ist die Charakteristik des Inquisitionsverfahrens. Letzteres zeigt sich insbesondere in der sogenannten Vernehmung des zu Entmündigenden: die Vernehmung soll den Zweck haben, nicht nur seine Vertheidigung zu hören, sondern seine geistigen Qualitäten zu ergründen — ganz ähnlich wie bei dem strafrechtlichen Inquisitionsprozesse die Vernehmung darauf hinaussteuert, von dem Angeklagten sachliche Auskunft über den Verlauf des incriminirten Deliktes zu erhalten, eine Auskunft, welche nach allen Seiten Licht über die Sache verbreiten soll. Dies ist auch im Strafprozeß das Richtige und Angemessene; nur daß der Angeklagte niemals bloßes Mittel zur Wahrheitserforschung, sondern das Objekt sein muß, gegen welches sich die staatliche Thätigkeit richtet, und die Reaktion gegen das Inquisitionsprinzip trifft nicht das Prinzip als solches, sondern seine Entartung im gemeinen Prozeß, worin der Angeklagte weniger Gegenstand, als Mittel der strafprozessualischen Aktion gewesen ist.[3])
Sofort ergiebt es sich nun, daß dieser Inquisitionsprozeß hier ganz besonders am Platze ist, wo es gilt, darüber zu entscheiden, ob eine Persönlichkeit so geartet ist, daß man ihr nicht mehr die volle Handlungsfähigkeit im bürgerlichen Verkehr zugestehen darf.

1) Ein solches inquisitorisches Verfahren ist auch das Verfahren des Konkursgerichts nach Maßgabe der §§ 67. 97 K.O. und die Erörterung der Liquidate nach Maßgabe des § 129 K.O.; allerdings führt im letzteren Fall die Erörterung nicht zu einer direkten Entscheidung, sondern sie soll lediglich eine gütliche Begleichung versuchen und jedenfalls die Sachlage klären.

2) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 6 f., 135.

3) Gegen die Irrthümer des Strafprozesses, als ob derselbe nach dem Accusationsprinzip steuern solle, ist an anderer Stelle zu handeln. Vgl. auch treffend John, Strafprozeßordnung II, S. 112 f.

Der Richter darf daher in freiester Weise die nöthigen Ermittelungen pflegen; was ihm im Antrage beigebracht wird, ist nur ein Anhaltspunkt, von welchem aus er operiren soll; er führt das Verfahren von Amtswegen zu Ende; — von allen Schranken der Parteianträge entledigt, hat er nur den Zweck zu verfolgen, die Wahrheit zu ergründen. Und wenn in diesem Verfahren der Staatsanwalt mitwirkt, so thut er es nicht als Partei und nicht als Gehülfe einer Partei, sondern als adäquater Gehülfe des Richters.

Daraus, daß das Verfahren kein Parteiverfahren ist, folgt, daß Veränderungen in der Lage der betheiligten Personen das Verfahren nicht unterbrechen. Der Tod des zu Entmündigenden kann allerdings insofern in Betracht kommen, als das Entmündigungsverfahren keinen Zweck mehr hat; im übrigen ist Leben oder Tod einer der betheiligten Personen ohne Erheblichkeit; insbesondere wird durch den Tod des Antragstellers das Verfahren nicht unterbrochen.[1])

Fraglich kann es nur sein, ob der Antragsteller den Antrag mit der Wirkung zurücknehmen kann, daß das Entmündigungsverfahren aufhören muß. Die Rechtsordnung kann die Frage bejahen und verneinen — man denke nur an den Antragsteller im Strafrecht. Der Tendenz des Ganzen dürfte es entsprechen, daß bei Zurücknahme des Antrages das Verfahren cessiren muß, sofern nicht von Seiten des Staatsanwaltes oder eines anderen Antragberechtigten die Fortsetzung des Verfahrens begehrt wird.[2]) Bezüglich der Kosten kommt § 601 Abs. 2 C.P.O. zur Berücksichtigung.[3])

Daß in diesem Verfahren nur ein Beschluß ergeht, nicht ein Urtheil, daß derselbe einerseits zuzustellen, andrerseits blos mitzutheilen ist — dieses und anderes stimmt vollständig mit den besonderen Zwecken des Verfahrens überein. Auch gewinnt die Bestimmung, wonach das Verfahren nicht öffentlich ist (§ 172 Gerichtsverf.), hiermit das richtige Relief.

Vollkommen verschieden hiervon ist das landgerichtliche Entmündigungs- (d. h. Nichtigkeits- oder Aufhebungs-)verfahren (§ 605 f. 620). Das landgerichtliche Verfahren ist ein Parteiverfahren — aber es ist ein

---

1) Vgl. auch Daude, Entmündigungsverfahren, S. 36.

2) Vgl. Daude, Entmündigungsverfahren, S. 35.

3) Das Kammergericht Berlin 7. October 1887 (Z. f. C.P. XIII, S. 404) hat angenommen, daß der Antragsteller, welcher den Antrag zurücknimmt, stets die Kosten zu tragen habe; vgl. § 89 Gerichtskostengesetz. In der That spricht dafür auch die Analogie des § 502 St.P.O. und die Erwägung, daß im Falle der Rücknahme des Antrages es häufig schwer sein wird festzustellen, ob den Antragsteller ein Verschulden trifft.

Parteiverfahren und ein inquisitorisches sein kann, so auch das civilprozessualische. Das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren zeigt uns das Beispeil eines parteilosen, eines inquisitorischen Civilprozesses.[1]) Zwar bedarf es eines Antrages, um das Verfahren in Anregung zu bringen, allein der Antrag macht noch nicht zur Partei — ebensowenig als der Antrag im Strafprozesse. Partei wird Jemand nur dann, wenn der Prozeß auf ein Kampfverhältniß zwischen zwei Personen angelegt ist.[2]) Hier kann aber von einem solchen Kampfverhältnisse um so weniger die Rede sein, als ja diejenige Individualität, um welche es sich handelt, vermuthlich in einem Zustande der Geistesverfassung sich befindet, daß sie einen solchen Kampf nicht aufzunehmen in der Lage ist. Die Persönlichkeit, um deren Entmündigung es sich handelt, ist nicht Partei, sondern Objekt einer gegen sie gerichteten Thätigkeit des Richters — und eben dieses ist die Charakteristik des Inquisitionsverfahrens. Letzteres zeigt sich insbesondere in der sogenannten Vernehmung des zu Entmündigenden; die Vernehmung soll den Zweck haben, nicht nur seine Vertheidigung zu hören, sondern seine geistigen Qualitäten zu ergründen — ganz ähnlich wie bei dem strafrechtlichen Inquisitionsprozesse die Vernehmung darauf hinaussteuert, von dem Angeklagten sachliche Auskunft über den Verlauf des incriminirten Deliktes zu erhalten, eine Auskunft, welche nach allen Seiten Licht über die Sache verbreiten soll. Dies ist auch im Strafprozeß das Richtige und Angemessene; nur daß der Angeklagte niemals bloßes Mittel zur Wahrheitserforschung, sondern das Objekt sein muß, gegen welches sich die staatliche Thätigkeit richtet, und die Reaktion gegen das Inquisitionsprinzip trifft nicht das Prinzip als solches, sondern seine Entartung im gemeinen Prozeß, worin der Angeklagte weniger Gegenstand, als Mittel der strafprozessualischen Aktion gewesen ist.[3]) Sofort ergiebt es sich nun, daß dieser Inquisitionsprozeß hier ganz besonders am Platze ist, wo es gilt, darüber zu entscheiden, ob eine Persönlichkeit so geartet ist, daß man ihr nicht mehr die volle Handlungsfähigkeit im bürgerlichen Verkehr zugestehen darf.

---

1) Ein solches inquisitorisches Verfahren ist auch das Verfahren des Konkursgerichts nach Maßgabe der §§ 67. 97 K.O. und die Erörterung der Liquidate nach Maßgabe des § 129 K.O.; allerdings führt im letzteren Fall die Erörterung nicht zu einer direkten Entscheidung, sondern sie soll lediglich eine gütliche Begleichung versuchen und jedenfalls die Sachlage klären.

2) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 6 f., 135.

3) Gegen die Irrthümer des Strafprozesses, als ob derselbe nach dem Accusationsprinzip steuern solle, ist an anderer Stelle zu handeln. Vgl. auch treffend John, Strafprozeßordnung II, S. 112 f.

Der Richter darf daher in freiester Weise die nöthigen Ermittelungen pflegen; was ihm im Antrage beigebracht wird, ist nur ein Anhaltspunkt, von welchem aus er operiren soll; er führt das Verfahren von Amtswegen zu Ende; — von allen Schranken der Parteianträge entledigt, hat er nur den Zweck zu verfolgen, die Wahrheit zu ergründen. Und wenn in diesem Verfahren der Staatsanwalt mitwirkt, so thut er es nicht als Partei und nicht als Gehülfe einer Partei, sondern als adäquater Gehülfe des Richters.

Daraus, daß das Verfahren kein Parteiverfahren ist, folgt, daß Veränderungen in der Lage der betheiligten Personen das Verfahren nicht unterbrechen. Der Tod des zu Entmündigenden kann allerdings insofern in Betracht kommen, als das Entmündigungsverfahren keinen Zweck mehr hat; im übrigen ist Leben oder Tod einer der betheiligten Personen ohne Erheblichkeit; insbesondere wird durch den Tod des Antragstellers das Verfahren nicht unterbrochen.[1])

Fraglich kann es nur sein, ob der Antragsteller den Antrag mit der Wirkung zurücknehmen kann, daß das Entmündigungsverfahren aufhören muß. Die Rechtsordnung kann die Frage bejahen und verneinen — man denke nur an den Antragsteller im Strafrecht. Der Tendenz des Ganzen dürfte es entsprechen, daß bei Zurücknahme des Antrages das Verfahren cessiren muß, sofern nicht von Seiten des Staatsanwaltes oder eines anderen Antragberechtigten die Fortsetzung des Verfahrens begehrt wird.[2]) Bezüglich der Kosten kommt § 601 Abs. 2 C.P.O. zur Berücksichtigung.[3])

Daß in diesem Verfahren nur ein Beschluß ergeht, nicht ein Urtheil, daß derselbe einerseits zuzustellen, andrerseits blos mitzutheilen ist — dieses und anderes stimmt vollständig mit den besonderen Zwecken des Verfahrens überein. Auch gewinnt die Bestimmung, wonach das Verfahren nicht öffentlich ist (§ 172 Gerichtsverf.), hiermit das richtige Relief.

Vollkommen verschieden hiervon ist das landgerichtliche Entmündigungs- (d. h. Nichtigkeits- oder Aufhebungs-)verfahren (§ 605f. 620). Das landgerichtliche Verfahren ist ein Parteiverfahren — aber es ist ein

---

1) Vgl. auch Daude, Entmündigungsverfahren, S. 36.
2) Vgl. Daude, Entmündigungsverfahren, S. 35.
3) Das Kammergericht Berlin 7. October 1887 (Z. f. C.P. XIII, S. 404) hat angenommen, daß der Antragsteller, welcher den Antrag zurücknimmt, stets die Kosten zu tragen habe; vgl. § 89 Gerichtskostengesetz. In der That spricht dafür auch die Analogie des § 502 St.P.O. und die Erwägung, daß im Falle der Rücknahme des Antrages es häufig schwer sein wird festzustellen, ob den Antragsteller ein Verschulden trifft.

Parteiverfahren mit künstlicher Parteibildung [1]): es handelt sich um eine Konstatirung dessen, ob der Entmündigungsgrund wirklich vorhanden und in Folge dessen die betreffende Persönlichkeit als handlungsunfähig zu deklariren ist; es handelt sich darum, ob der Entmündigungsgrund noch vorhanden ist und die Entmündigung fortdauern soll. Die Festsetzung ist eine Festsetzung zwischen dem Entmündigten bezw. seinem Vertreter oder anderen Personen, welche sich der Interessen desselben annehmen, und der Oeffentlichkeit; es ist eine Festsetzung, welche nicht zwischen Person und Person stattfinden soll, sondern bezüglich aller Personen, welche gegenwärtig oder künftig daran ein Interesse haben. Wir haben hier die eigenthümliche Art des Prozesses, bei welcher es sich nicht um Festsetzung von Rechtsverhältnissen zwischen zwei Personen, sondern um eine Festsetzung eines Rechtszustandes handelt, welcher für die ganze Verkehrswelt von Interesse ist. Hier handelt es sich lediglich darum, den legitimus contradictor zu finden, mit welchem der Feststellungsprozeß in einer die Allgemeinheit bindenden Weise zum Austrag zu bringen ist. Der legitimus contradictor ist die künstlich gebildete Partei; er führt den Prozeß nicht etwa als Vertreter der Allgemeinheit im juristischen Sinne; denn die Allgemeinheit ist nicht Partei und kann nicht Partei sein: er führt den Prozeß als Prozeßführer, d. h. als Partei, welche mit dem Rechte bekleidet ist, den Prozeß in einer die Allgemeinheit bindenden Weise zu führen; der contradictor hat die Prozeßstandschaft [2]) für die Allgemeinheit, denn die Allgemeinheit als Nichtperson kann nicht Partei sein, sie kann nur Interessen haben, welche bei einer judiciellen Feststellung auf dem Spiele stehen. Der legitimus contradictor ist bald der Staatsanwalt [3], bald sind es andere Personen; bei der Entmündigung wegen Verschwendung will man womöglich keinen Staatsanwalt: hier wird erst in letzter Linie auf den Staatsanwalt recurrirt. Werden neben dem legitimus contradictor andere Personen mitgeladen (§ 607), so sind dieselben streitgenössische Intervenienten.

---

1) Mit künstlicher, aber durchaus nicht, wie man schon behauptet hat, mit verkünstelter Parteibildung. Warum soll nicht der Prozeß künstlich Parteien schaffen können, wenn dies den Zwecken der Rechtsordnung gemäß ist?

2) Ueber die Prozeßstandschaft vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 95 f., meinen Aufsatz in Zeitschr. f. Civilprozeß X, S. 102 f.

3) Welcher Staatsanwalt? Und welchem Staatsanwalt ist im Fall der Berufung die Berufungsschrift zuzustellen? Vgl. darüber Reichsgericht 16. Mai 1887 Entsch. XVIII S. 406. Es ist hier angenommen, daß bei der Klage der erste Staatsanwalt des betreffenden Landgerichts, bei der Berufung der Ober-Staatsanwalt des Berufungsgerichts, bei der Revision der Ober-Reichsanwalt es ist, welchem die Zustellung gemacht werden muß (nach Analogie des § 164 C.P.O.)

Daraus, daß der Prozeß ein Parteiprozeß ist, folgt von selbst, daß der Prozeß unterbrochen werden kann durch Ereignisse in der Person eines der Prozeßführer. Da aber der contradictor keine Rechtsverhältnisse vertritt, welche in seinem Vermögen liegen, so kann die Parteirolle nicht auf seine Erben übergehen; vielmehr ist es in solchem Falle der zunächst gerufene contradictor, welcher den unterbrochenen Prozeß aufzunehmen und fortzuführen hat: statt des gewesenen Staatsanwaltes der Nachfolger, statt desjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hat, der Staatsanwalt, statt des seitherigen Vormundes der neue Vormund des Entmündigten (§ 607. 624).

§ 4.

Ein ganz anderes Gebiet betreten wir im Bereiche des Urkundenprozesses.

Der Urkundenprozeß kann in doppelter Weise konstruirt sein. Entweder ist es nur die Bestimmung des Prozesses, eine Entscheidung unter Vorbehalt zu geben, so daß mit dieser Entscheidung der ganze Prozeß abgeschlossen ist und der Prozeß seine Funktion erfüllt hat; begnügt sich der Beklagte mit dieser Entscheidung nicht und macht er den Vorbehalt geltend, so ist es seine Sache, einen neuen Prozeß zu beginnen. Oder es kann die Sache so geartet sein, daß der Prozeß zur definitiven Verbescheidung führen soll, welcher definitiven Bescheidung aber eine solche unter Vorbehalt vorhergehen kann. Das frühere Recht neigte dem ersten Prinzip zu, die C.P.O. verfolgt das zweite.

Hiernach ist es sicher: der Urkundenprozeß ist kein Vorprozeß, sondern ein definitiver Prozeß, bei welchem aber eine vorläufige Entscheidung ergehen kann, ähnlich wie im Falle des § 502 C.P.O.[1]) Er ist ein vollständiger Prozeß, nur daß die prozessuale Entwickelung in anderer Weise vor sich geht, als bei dem gewöhnlichen Prozesse.[2]) Er ist ein vollständiger Prozeß, er kann daher auch zu einer definitiven Abweisung des Klägers führen. Und weil er ein vollständiger Prozeß ist und sich von dem gewöhnlichen Prozesse nicht durch das Ziel, sondern nur durch den Weg zu dem Ziel unterscheidet, so hat es auch

1) Was Stein, Der Urkunden- und Wechselprozeß, S. 24 f., geltend macht, ist großentheils unzutreffend; seine Theorie beruht auf der unrichtigen Grundlage des Rechtsschutzanspruchs.

2) Unrichtig wäre die Anschauung, als ob in der Klage im Urkundenprozeß zu gleicher Zeit zwei Klagen, eine primäre im Urkundenprozeß und eine sekundäre im gewöhnlichen Prozesse enthalten wären; vielmehr ist die Klage im Urkundenprozeß eine Klage, welche auf einen vollständigen Prozeß, nur mit anomaler Prozeßentwickelung, gerichtet ist; wobei allerdings an Stelle der anomalen Prozeßentwickelung unter Umständen eine normale treten kann.

kein Bedenken, daß der Kläger jederzeit die Sache in den gewöhnlichen Prozeß überleiten kann — denn die Abweichungen in der Prozeßentwickelung von dem gewöhnlichen Prozesse sind lediglich im Interesse des Klägers.[1])

Im früheren Rechte hatte dieser Uebergang in den gewöhnlichen Prozeß seine Bedenken — einmal wegen der Eventualmaxime, sodann aber insbesondere weil der Urkundenprozeß ein ganz anderes Ziel verfolgte, wie der gewöhnliche. Heutzutage verhält es sich in allen diesen Beziehungen anders.

Daraus, daß der Urkundenprozeß ein vollständiger Prozeß ist, ergiebt sich auch, daß, nachdem ein vorläufiges Urtheil erlassen ist, derselbe Prozeß trotzdem noch obschweben bleibt; es ist derselbe Prozeß mit derselben Parteilage — ganz ebenso wie es im Falle des § 502 C.P.O. derselbe Appellprozeß ist, welcher unter den Parteien zum Austrage gelangt.

Das vorläufige Urtheil des § 562 könnte hiernach als Zwischenurtheil erscheinen; in der That aber ist es ein Endurtheil, nur kein definitives, sondern ein vorläufiges Endurtheil, ebenso wie im Fall der §§ 502. 274 — aber ein vorläufiges Endurtheil, ein Vorbehaltsurtheil. Der Unterschied zwischen dem Zwischenurtheil und dem Vorbehaltsurtheil ist bereits anderwärts erörtert worden, so daß hierauf verwiesen werden kann.[2]) Nur das ist hier hervorzuheben, daß der Charakter des Endurtheils nicht im Widerspruch steht mit seiner Stellung inmitten des Prozesses, weil ja durch den Vorbehalt eine Pforte für das weitere Verfahren eröffnet ist.

Aus dieser Charakteristik ergiebt sich von selbst die Rechtfertigung des Umstandes, daß im Versäumungsfall eine definitive Aburtheilung ergeht, ohne Vorbehalt. Dies entspricht völlig der Tendenz der C.P.O., wornach das Kontumazialurtheil regelmäßig ein totales ist, selbst wenn die Versäumung nur eine partielle gewesen ist. Die P.O. geht von der Anschauung aus, daß eine Partei, welche auch nur in dem einen Termine säumig gewesen ist, die Voraussetzungen nicht erfüllt, welche nöthig sind, um der Kampfaktion des Gegentheiles einen Widerpart zu

1) Daß solches eine ungerechte Begünstigung des Klägers enthalte, ist unrichtig; dem Kläger steht die Weise der Rechtsverfolgung zur Wahl, und wenn bei dem Uebergang in die andere Prozeßart ihm keine besonderen Kosten zur Last fallen, so beruht dies einfach darin, daß dieser Uebergang nicht ein Uebertritt in einen neuen Prozeß, sondern nur eine Aenderung der Entwickelung des begonnenen Prozesses darstellt. Vergleiche über diese Fragen Stein S. 254 f. Auch von einer Klagänderung ist keine Rede, da nirgends ein neuer Anspruch eingelegt wird.

2) Prozeß als Rechtsverhältniß S. 137 f.

stellen, in Folge dessen die Kampfaktion insoweit durchdringt, daß nur noch die richterliche Rechtswürdigung übrig bleibt. Und dies gilt, ohne Rücksicht darauf, ob in dem Termin eine Vertheidigung bestimmter oder unbestimmter Art zu erwarten war. Nun könnte man immerhin erwidern, daß, wenn der Beklagte nur mit bestimmten Einwendungen gehört werden kann, die Kontumazirung entsprechend nur auf diese Einwendungen sich beziehen sollte, daß mithin ein Ausschluß des Beklagten nur mit denjenigen Einwendungen, welche im Urkundenprozeß beweislich sind, angezeigt wäre. Allein dieser Einwand wäre verfehlt. Denn in der That kann der Beklagte mit allen Einwendungen gehört werden, nur daß diese Einwendungen, wenn sie bestritten sind, verschoben werden müssen, sofern ihr Beweis nicht mit zulässigen Beweismitteln angetreten werden kann. Daß sie aber verschoben werden können, das hindert nicht, daß sie wirklich vorgebracht werden können — möglicher Weise gesteht ja der Kläger die vorgebrachten Thatsachen ganz oder theilweise zu. Daher ist es völlig sachgemäß, den kontumazen Theil mit sämmtlichen Einreden auszuschließen, d. h. das Kontumazialerkenntniß zu einem definitiven, vorbehaltlosen zu gestalten.

Ein Punkt möchte als inkongruent erscheinen: daß nämlich, wenn der Urkundenprozeß unstatthaft ist, eine absolutio ab instantia ergeht.[1]) Allein dies ist nichts anomales: der Prozeß kann in der engagirten Weise nicht zur Durchführung gelangen, folglich absolutio ab instantia, ebenso wie wenn die Sache etwa bei einem inkompetenten Gerichte erhoben oder die Klage gegen einen prozeßunfähigen Beklagten angestellt worden wäre. Vertheidigen ließe sich allerdings ein System, wornach der Prozeß nunmehr von selbst in das ordentliche Verfahren überginge. Nothwendig ist solches nicht. Gewiß kann der Kläger, wie er unbedingt in das ordentliche Verfahren übertreten kann, dies auch bedingt thun, für den Fall nämlich, daß eine absolutio ab instantia ergehen sollte.[2]) In solchem Falle hat die absolutio ab in-

1) Vergleiche hierüber auch Stein S. 36 f.

2) Dies widerspricht allerdings der gewöhnlichen Meinung; aber ich frage, warum das Petitum, im Falle der Abweisung des Urkundenverfahrens den Prozeß im gewöhnlichen Verfahren fortzusetzen, unstatthaft ist? Widerspricht dies dem § 560? Enthält die Klage des § 555 nicht alle Erfordernisse einer Klage im gewöhnlichen Verfahren, so daß es nur des Antrages bedarf, um an Stelle des Urkundenprozesses das gewöhnliche Verfahren zu eröffnen? Richtig ist es allerdings, daß der Kläger es dem Gericht nicht überlassen darf, die Sache im Urkundenprozeß weiterzuführen oder sie in das gewöhnliche Verfahren überzuleiten, so daß solches in das Ermessen des Gerichts gestellt wäre — dies wäre geradezu Negation des klägerischen Antrages. (Reichsgericht 13. Mai 1881, Entsch. IV, S. 350. 352.) Wohl aber kann der Kläger

stantia nicht den Prozeß zu beendigen, sondern nur die besondere Art des Prozesses zu beendigen. Die Rechtshängigkeit besteht weiter. Damit ist allen billigen Anforderungen entsprochen.

Wie bereits ausgeführt, hat der Urkundenprozeß in der Gestaltung, wie wir ihn angenommen haben, die Kraft, zu einer definitiven Erledigung zu führen. Daraus ergiebt es sich von selbst, daß der Urkundenprozeß Rechtshängigkeit erzeugt und jeden andern Prozeß über denselben Anspruch, sei es einen Prozeß des Klägers, sei es einen negativen Feststellungsprozeß von Seiten des Beklagten, ausschließt — auch einen negativen Feststellungsprozeß, welcher sich in die früher gebräuchliche Form einer Kondiktion der Urkunde wegen nicht existirender Verbindlichkeit kleidet; daß im frühern Rechte die entgegengesetzte Ansicht herrschte [1]) und sogar legislativ bestätigt wurde, ist begreiflich, wenn man bedenkt, daß der Urkundenprozeß in der Anschauung früherer Zeit nur zu einer provisorischen Erledigung der Sache führen sollte, so daß das Nachverfahren einen neuen Prozeß bildete.

Diese Rechtshängigkeit gilt auch gegenüber einer Vollstreckungsgegenklage, welche etwa gegen das Vorbehaltsurtheil auf Grund später entstehender Umstände erhoben werden wollte (§ 686 C.P.O.); denn die Vollstreckungsgegenklage macht geltend, daß der Urtheilsanspruch untergegangen ist, daß er nicht mehr vorhanden ist; da aber der Urkundenprozeß, auch wenn bereits das Urtheil des § 562 erlassen ist, immer noch obschwebt und da dieser obschwebende Prozeß die Festsetzung des eingeklagten Anspruchs zum Zwecke hat, so würden hier zwei Prozesse: der Urkundenprozeß im Nachverfahren und die Vollstreckungsgegenklage auf dieselbe Festsetzung gerichtet sein — mithin ist Rechtshängigkeit vorhanden; und dies wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vollstreckungsgegenklage sich nur auf Umstände bezieht, welche nach dem Urtheile des § 562 eingetreten sind; denn das schließliche Urtheil hat die Sachlage zu entscheiden so wie sie ist im Momente dieses schließlichen Urtheiles — nicht so wie sie war im Momente des Urtheiles des § 562.[2]) Uebrigens kann sicher auch im

---

erklären, daß er für einen objektiv bestimmten Fall, für den Fall der Abweisung des Urkundenprozesses, in das ordentliche Verfahren eintreten will.

1) Vgl. insbesondere Goldschmidt, Arch. f. civ. Prax. 50, S. 49 f., 54 f. und die hier citirte Literatur. Vom Standpunkte des älteren Rechts sagt Goldschmidt (ib. S. 56): „Die Rechtshängigkeit äußert — volle Wirkung, nur nicht zu Gunsten des jetzigen Beklagten im Exekutivprozeß, sondern zu Gunsten des jetzigen Klägers in dem etwa folgenden Separatprozeß.

2) Hiergegen kann man auch nicht geltend machen, daß ja sonst die Vollstreckungsgegenklage statthaft ist, auch wenn eine Appellation möglich ist — die Möglichkeit der Appellation ist nicht die Wirklichkeit; in unserem Falle aber ist ein wirklicher Prozeß noch in Schwebe.

Nachverfahren eine Sistirung oder Aufhebung der Vollstreckung nach Maßgabe der §§ 647. 688 C.P.O. erfolgen.

Anders verhält es sich mit dem Falle, wenn der im Urkundenprozeß zu Belangende zuerst eine negative Feststellungsklage erhoben hätte und nunmehr der Kläger im Urkundenprozeß auftreten würde. Wollte man hier den Urkundenprozeß wegen Rechtshängigkeit zurückweisen, so stünde es im Belieben des Schuldners, dem Kläger durch Zuvorkommen mit der negativen Feststellungsklage die Vortheile des Urkundenprozesses zu entziehen.[1] In der That ist trotzdem der Urkundenprozeß statthaft, er ist statthaft widerklagweise. Denn bereits anderwärts[2] ist gezeigt worden, daß Klage und Widerklage auf ein idem möglich sind, indem hier die gemeinsame Verhandlung eine gleichmäßige Erledigung garantirt und die Bedenken, welche einer gleichzeitigen Behandlung zweier Prozesse bezüglich des idem entgegenstehen, hier nicht zutreffen. Widerklagend kann daher der im negativen Feststellungsprozeß Belangte den Urkundenprozeß erheben und er kann auf solche Weise ein Vorbehaltsurtheil nach Maßgabe des § 562 C.P.O. erwirken — wodurch allen praktischen Erfordernissen entsprochen ist.

Dem Gesagten steht der § 558 C.P.O. nicht im Wege, denn es handelt sich nicht um eine Widerklage gegenüber einer Hauptklage im Urkundenprozeß, sondern um das Gegentheil. Auch kann man nicht entgegenhalten, daß der Widerklage die Verschiedenheit der Prozeßart zuwider sei; denn diese Verschiedenheit hindert nicht, daß in dem einen Prozeß eine provisorische Entscheidung erfolgt, und zweckmäßiger Weise kann der Richter die Verhandlung zunächst auf diesen Punkt beschränken (vgl. § 137 C.P.O.).

Aus dem Gesagten ergiebt sich von selbst: das Nachverfahren ist ein integrirender Bestandtheil des durch die Klage im Urkundenverfahren engagirten Prozesses: es ist ein integrirender Theil; denn die Eigenheit des Urkundenprozesses besteht nicht darin, daß eine bloß provisorische Entscheidung ergeht, sondern darin, daß der definitiven Entscheidung eine provisorische Entscheidung, eine Entscheidung unter Vorbehalt vorhergeht.[3] Der Umstand, daß das Nachverfahren in

1) Vgl. namentlich Reichsgericht 3. Juli 1888, Entsch. XXI, S. 392; auch 16. September 1886 ib. XVII S. 327.

2) Prozeß als Rechtsverhältniß S. 36 f., Note ***). Vgl. auch Oberlandesgericht Graz 10. November 1886 in Gellers Oesterreich. Centralbl. V, S. 364. 365, wo mit Recht hervorgehoben wird, daß die Gründe, welche für den Einwand der Litispendenz sprechen, hier nicht zutreffen.

3) Daher ist es auch unrichtig, wenn man behauptet, daß bei eintretendem Konkurse des Beklagten der Kläger, welcher den Prozeß gegen den widersprechenden Konkursverwalter als Feststellungsprozeß weiterführt, den Prozeß in das ordentliche Ver-

vielen, daß es in den weitaus meisten Fällen unterbleibt, steht natürlich nicht im Wege, denn wenn die Parteien mit dem provisorischen Resultate zufrieden sind, so besteht kein Grund weiterer Prozeßthätigkeit. Allerdings hätte sich die Einführung einer prozessualischen Peremption des Nachverfahrens durch Zeitablauf sehr empfohlen; denn es ist unbefriedigend, daß der Beklagte, welcher auf Grund des provisorischen Urtheils gezahlt hat, noch in fernster Zeit ein Nachverfahren instruiren kann. Man hätte hier die heilsame, französische Institution, die peremption de l'instance, aufnehmen sollen; ihre Aufnahme mindestens in diesem Falle ist bei einer Revision der P.O. dringend zu empfehlen.

Aus dem Entwickelten ergiebt es sich, daß der Kläger, sofern sich der Klaganspruch als nicht vorhanden erweist, voll und definitiv abzuweisen ist, denn in solchem Falle ist naturgemäß kein Grund vorhanden, den Kläger blos provisorisch abzuweisen; dasselbe gilt auch dann, wenn eine Einrede begründet ist und der Kläger keine Repliken bringt oder diese Repliken abzuweisen sind. Sollte allerdings eine Replik lediglich beweislos bleiben, sofern sie durch Zeugen oder andere im Verfahren unzulässige Beweismittel dargethun werden möchte, dann ist in der Sache nicht zu erkennen, sondern lediglich der Urkundenprozeß abzuweisen (§ 560, Abs. 2), sofern nicht der Kläger in das gewöhnliche Verfahren übertritt. Allerdings geht aus dem Gesagten hervor, daß der Kläger Grund hat, seine Repliken sofort zu bringen, weil ja sonst auf Grund der Einreden endgültige Abweisung erfolgen könnte, bei welcher kein Vorbehalt zu Gunsten des Klägers gemacht würde. Vgl. auch Stein S. 226 f.

Eine schwierige Komplikation tritt in dem Falle ein, wenn der Beklagte gegen den Klaganspruch mehrerer Einreden geltend macht, darunter auch die exceptio compensationis, und wenn etwa die Kompensationseinrede liquid wäre, die übrigen Einreden nicht. Die Kompensationseinrede hat eine besondere Natur[1]); in ihr wird nicht etwa blos ein Erlöschungsgrund geltend gemacht — in ihr wird der Erlöschungsgrund selbst geschaffen oder mindestens perficirt, da ja die latente Kompensationssituation erst durch ihre Geltendmachung aktuell

---

fahren überleiten müsse (vgl. Wilmowski, Konkursordnung, S. 368). Mit dem Vorbehaltsurtheil erlangt der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel, und der Konkursverwalter muß (unter Aufnahme des Prozesses) das Nachverfahren betreiben, wenn er der Auszahlung der Dividende auf Grund des § 155 Z. 1 entgegentreten will; denn diese Gesetzesstelle setzt voraus, daß gegen einen vollstreckbaren Titel Reaktion stattgefunden hat.

1) Darüber ist anderwärts zu handeln.

wird; und indem sie aktuell wird, wird nicht nur der Klaganspruch gelöscht, sondern der kompensationelle Gegenanspruch selbst wird aufgezehrt. Bei diesem Sachverhalte ist es sicher, daß die Kompensationseinrede neben den übrigen Einreden einen subsidiären Charakter hat: dringen die übrigen durch, so ist nicht nur der Beklagte frei, sondern er hat noch seine Gegenforderung, während er im Falle der Abweisung des Klägers auf Grund der Kompensationseinrede zwar auch frei wird, aber zugleich seine kompensationelle Gegenforderung einbüßt.

Würde man nun in unserem Falle den Kläger pure abweisen, so würde dadurch der Beklagte möglicher Weise um den ganzen Betrag der kompensationellen Gegenforderung geschädigt, denn seine Gegenforderung wäre dahin, während möglicher Weise die Klage auf Grund der illiquiden Einreden abzuweisen wäre, wobei die Gegenforderung völlig intakt bliebe. Andrerseits geht es in solchem Falle auch nicht an, den Beklagten, wenn auch nur provisorisch, durch Vorbehaltsentscheidung zu verurtheilen. Bei dieser Sachlage erscheint es als das allein Richtige, wenn in solchem Falle das Vorbehaltsurtheil ausspricht, daß der Klaganspruch an sich besteht, daß er aber jedenfalls durch Kompensationseinrede konsumirt würde; worauf dann dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten wird. Einstweilen hat dieses Urtheil zwar die gleiche Wirkung, wie ein Urtheil, welches die Klage abweist; aber es eröffnet durch den Vorbehalt dem Beklagten die Möglichkeit, seine illiquiden Einreden nachzubringen, wodurch von selbst die Kompensationseinrede in ihre subsidiäre Stellung gerückt und, wenn die übrigen Einreden begründet sind, die Kompensation als überflüssig wegfällt, und entsprechend daher der kompensationelle Anspruch dem Beklagten gewahrt bleibt.[1])

Das Nachverfahren ist ein integrirender Bestandtheil des Prozesses, jedoch ein Bestandtheil, dessen Rayon durch den Inhalt des Vorbehaltsurtheiles begrenzt wird. Das Verfahren soll zum Zwecke haben, dem Beklagten die Ergänzung seiner Vertheidigung zu ermöglichen und dadurch eine Aenderung, eine Korrektur des Vorbehaltsurtheiles zu erzielen. Eine solche Korrektur kann erzielt werden durch Beibringen neuer Einreden; sie kann auch dadurch erzielt werden, daß

---

1) Eine nicht zu beseitigende Inkongruenz ist es allerdings, daß, wenn der Kläger eine Replik durch Eideszuschiebung beweist, der Beklagte dem Eid nicht mit anderem Beweis entgegentreten kann, so daß es ihm nicht möglich ist, dem Eide zu entgehen; während im Falle, wenn der Beklagte eine Einrede durch Eideszuschiebung beweist, der Kläger andere Beweismittel bringen und in das ordentliche Verfahren übergehen kann. Diese Inkongruenz liegt aber an der formalen Gestaltung unseres Eidesinstitutes, dessen Revision dringend zu wünschen wäre.

für Einreden, welche als nicht erwiesen unberücksichtigt bleiben mußten, neue Beweise beigebracht werden; eine Abweisung einer Einrede mangels Beweises unterliegt daher der Korrektur im Nachverfahren.[1]) Dieser Korrektur kann der Kläger natürlich mit allen prozessualischen Mitteln entgegentreten; dagegen steht es ihm nicht zu, darüber hinaus eine Modifikation des Vorbehaltsurtheiles zu erzielen. Eine jede Modifikation desselben wäre ein Bruch in den durch das Urtheil geschaffenen Rechtszustand — ein Bruch: denn das Urtheil gestattet eine Aenderung nur nach einer Seite hin — nur nach dieser darf sich daher das weitere Verfahren kehren.

Daraus ergiebt es sich: eine Modifikation der Klage steht dem Kläger nicht mehr zu, auch nicht, soweit sie in sonstigen Fällen dem Kläger gestattet ist (§ 240 C.P.O.)[2]); auch keine Klageänderung ist möglich, auch nicht mit Zustimmung beider Theile: denn eine solche würde zur Folge haben, daß implicite das Vorbehaltsurtheil von den Parteien bei Seite gesetzt würde; und dies ist ebenso unstatthaft, wie wenn etwa die Parteien ein Urtheil erster Instanz gemeinsam bei Seite schieben wollten.

Daraus ergiebt sich auch von selbst die Behandlung des Kontumazialverfahrens. Erscheint der Kläger nicht, so wird die Klage abgewiesen; sie wird abgewiesen, weil ja in dem Nachverfahren die verschiedensten Einwände denkbar sind, welche zur Abweisung der Klage führen könnten; wo aber ein Verfahren so gestaltet und tendenzirt ist, da ist die Klagabweisung das Richtige. Wenn aber der Beklagte ausbleibt, so tritt der Rechtsnachtheil ein, daß der Vorbehalt wegfällt und das Vorbehaltsurtheil zum puren Urtheil wird; denn die Vertheidigung des Beklagten lag im Bereiche des Vorbehalts und der Angriff des Klägers lag in dem Widerstande gegen den Vorbehalt: der Sieg kann daher nur in der Aufhebung des Vorbehaltes bestehen, die Besiegung nur in dem Darniederlegen aller derjenigen Vertheidigung, für welche der Vorbehalt die Bahn offen ließ.[3])

1) Anders natürlich eine Abweisung aus Rechtsgründen. Vgl. die Citate bei Wilmowski-Levy S. 758 f. Uebrigens behält der geleistete Eid seine Beweiskraft nach Maßgabe des § 428 C.P.O.; vgl. Reichsgericht 13. October 1885, 21. November 1883, 22. November 1884, 9. December 1886, Entsch. XIV S. 217. 322, XIII S. 399, XVIII S. 378.

2) Es verhält sich also hier wesentlich anders, als im Falle des Versäumungsurtheils, welches mit der Opposition umgestoßen wird. Das ist aber auch sehr begreiflich; im Fall der Opposition tritt ein ganz anderes Verfahren an die Stelle des Kontumazialprozesses, während der Hauptnachdruck des Urkundenprozesses in dem ersten Stadium des Verfahrens liegt, so daß das zweite nur eine mehr ausnahmsweise Korrektur darstellt.

3) Vgl. auch Stein S. 327.

Es ist in dieser Beziehung analog, wie mit der Verhandlung, welche zur Purifizirung eines Eidesurtheiles führen soll, wovon bereits oben S. 58 f. die Rede gewesen ist.

Führt das Nachverfahren (§ 563) zu einer Aufhebung des Provisionalurtheils, so ist zugleich auf Rückerstattung des kraft des Provisionalurtheils Gezahlten zu erkennen, soweit ein Antrag hierauf gestellt wird. Welchen Charakter ein solcher Rückerstattungsantrag und ein solches Rückerstattungsurtheil hat, ist bereits anderwärts ausgeführt worden[1]): es handelt sich nicht um eine Widerklage, sondern um einen Antrag im laufenden Prozesse zur Erzielung der Zwecke dieses Prozesses. Treffend sagt auch der Cassationshof Neapel 6. Juli 1887 Monitore delle Leggi IV (1888) p. 99 für den analogen Fall, daß eine solche Wiedererstattung in höherer Instanz begehrt und verfügt wird: chiamato il Giudice superiore a restaurare il diritto offeso dalla sentenza appellata, è forza compia simigliante uffizio, non già soltanto mercè astratte dichiarazioni, ma proprio con la reale ed effettiva reintegrazione nelle utilità cui quel diritto mira, e che per effetto di quella sentenza sono state manomesse — —.

Daraus könnte man folgendes schließen: man könnte annehmen, daß bei Ausbleiben des Klägers der Beklagte nicht nur dessen Abweisung, sondern auch die Verurtheilung desselben zur Restitution begehren könnte, auch ohne daß dem Kläger dieser Antrag vorher zugestellt worden wäre; daß er dies begehren könnte, ebenso wie er die Verurtheilung in die Kosten begehren kann. Hierbei würde man jedoch übersehen, daß die Restitutionsverurtheilung nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag erfolgt; man würde übersehen, daß die Restitutionsverurtheilung nicht nur das Scheitern der Klage voraussetzt, sondern auch den weiteren Umstand, daß der Beklagte eine dem Restistutionsbegehren adäquate Summe an den Kläger bezahlt hat. Darum ist trotz des prozessualischen Charakters des Begehrens, d. h. trotzdem daß dasselbe keinen materiellen Anspruch geltend machen will, sondern nur den Zweck einer Selbstkorrektur des Prozesses hat, also den Zweck hat zu verhüten, daß ein durch den Prozeß herbeigeführtes objektives Unrecht perpetuirt werde — also trotz dieses Charakters ist der Satz aufzustellen, daß der säumigen Partei der Antrag mittelst Schriftsatz mitgetheilt sein muß — ganz wie nach richtiger Ansicht auch beispielsweise das klägerische Begehren der vorläufigen Vollstreckungerklärung

1) Prozeß als Rechtsverhältniß S. 139 f.

mit Schriftsatz mitgetheilt werden muß, obgleich dasselbe rein prozessualischer Natur ist.

Unser entwickeltes Prinzip bietet auch die Lösung der Frage, in welcher Instanz das Nachverfahren vor sich zu gehen hat. Da dieses Nachverfahren keinen neuen Prozeß, sondern lediglich die Fortsetzung des alten Prozesses darstellt, so versteht es sich von selbst, daß es in derjenigen Instanz eintritt, in welcher der Vorbehalt der Rechte ausgesprochen worden ist; wäre dieser zuerst in zweiter Instanz ausgesprochen, in dieser. Man hat geltend gemacht, daß der Beklagte dadurch für das Nachverfahren eine Instanz verliere. Allein dies ist lediglich die Folge dessen, daß jede der zwei ersten Instanzen den Prozeß nach ihrer Art erledigen soll. Findet die erste Instanz, daß der Kläger abzuweisen sei, so weist sie ihn ab; findet die zweite Instanz den Abweisungsgrund nicht für gegeben, so hat sie nunmehr den Anspruch nach allen Seiten zu erledigen und alle Einwendungen des Beklagten zu verbescheiden. Dies würde im gewöhnlichen Verfahren der Fall sein; es ist der Fall im Urkundenprozesse, nur daß hier eine Zweiung in ein Provisionalverfahren und Nachverfahren stattfindet, welche Zweiung jetzt eben zum ersten Mal in der zweiten Instanz eintritt.

Von minder prinzipieller Tragweite sind die Fragen, ob der Vorzug des § 102 Z. 2 C.P.O. auch noch für das Nachverfahren gilt, und ob der Ausschluß der Widerklage (§ 558 C.P.O.) auch noch im Nachverfahren durchzuführen ist. Die erste Frage ist unbedingt zu bejahen; es kann daher auch dann keine Kaution gefordert werden, wenn etwa erst im Nachverfahren die Ausländerqualität eintreten oder dem Beklagten kundbar würde (§§ 103. 247 C.P.O.). Denn auch das Nachverfahren ist ein Bestandtheil des Urkundenprozesses, und das Privilegium des Urkundenprozesses hat nun umsomehr seinen Sinn, wenn nicht nur der Kläger seine Urkunde vorgelegt hat und zum Urkundenprozeß gelangt ist, sondern wenn er auf Grund dessen sogar ein günstiges Vorbehaltsurtheil errungen hat.[1]) Anders wäre es natürlich, wenn der Kläger den Urkundenprozeß aufgeben und in das Ordinarverfahren übertreten würde. Denn es steht Niemandem frei, sich der cautio pro expensis dadurch zu entziehen, daß er zuerst einen vielleicht unzulässigen Urkundenprozeß beginnt und dann in das gewöhnliche Verfahren übertritt. Was aber die zweite Frage betrifft, so ist es allerdings richtig, daß auch das Nachverfahren einen Theil

1) Hierzu ist ferner zu vergleichen, was S. 125 ausgeführt werden wird.

des Urkundenprozesses bildet; ebenso richtig ist es aber, das der § 558 nach seinem ganzen Zwecke sich nur auf das Verfahren bis zum Vorbehaltsurtheile bezieht. Ein Ausschluß der Widerklage ist in diesem ersten Verfahren sehr begreiflich mit Rücksicht auf die zu erzielende Beschleunigung; einen Grund hätte sie nicht mehr im Nachverfahren, in welchem wieder der Typus des ordentlichen Verfahrens waltet.

Nach dieser Charakteristik des Urkundenprozesses sei noch eine wichtige Frage erörtert, welche den Charakter dieses Prozesses zwar nicht inniger erfaßt, wohl aber ihn streift; nämlich die Frage, ob der Urkundenprozeß auch dann statthaft ist, wenn nicht alle Klagthatsachen, sondern nur die bestrittenen Klagthatsachen durch Urkunden erwiesen werden. Von vielen Seiten wird die Frage bejaht, und die Bejahung hat den Grund für sich, daß ja nur bestrittene Thatsachen beweisbedürftig sind und es mithin genügen müsse, wenn für diejenigen Thatsachen der Urkundenbeweis beigebracht ist, welche überhaupt des Beweises bedürfen.

Dies ist aber unrichtig[1]): die Voraussetzungen des Urkundenprozesses richten sich nach den Umständen im Momente der Klagerhebung, nicht nach den Umständen, welche sich später im Prozesse entspinnen; und dies ist auch das allein den Verhältnissen entsprechende. Zwar wäre es ein unrichtiger Formalismus, wollte man es dem Kläger nicht gestatten, vor dem Termine rechtzeitig den etwaigen Mangel zu verbessern und versäumte Urkunden nachträglich beizufügen. Allein das Prinzip ist dies: die Klage, bezw. die verbesserte Klage muß die Voraussetzungen des Urkundenprozesses erfüllen, und nach ihr bestimmt es sich, ob Urkundenprozeß, ob nicht.

Das Gegentheil würde dazu führen, daß die Frage über die Gültigkeit des Prozesses in das Belieben des Beklagten gestellt wäre, so daß, wenn er Thatsachen bestritte, der Prozeß unstatthaft, wenn er sie zugestände, der Prozeß statthaft wäre; es würde dazu führen, daß, wenn der Kläger keine einzige Thatsache durch Urkunde belegen würde, der Urkundenprozeß statthaft wäre, sofern nur der Beklagte die Klagthatsachen nicht bestritte; so daß dadurch der redliche Beklagte, welcher nicht zu Unrecht bestreitet, welcher aber eine ganze Reihe treffender Einreden hat, in eine ungünstige Lage versetzt würde. Es müßte dies selbst dazu führen, daß bei Säumniß des Beklagten der Urkundenprozeß immer oder doch fast immer als statthaft erscheinen müßte; denn da die Statthaftigkeit von dem Bestrittensein oder Unbestritten-

1) Unrichtig Reichsgericht 10. Juli 1884, Entsch. XII, S. 131. Vgl. auch Wilmowski-Levy S. 754 f.; Hankel im Arch. f. civ. Prax. Bd. 71, S. 383 f.

ein, und von der folgeweisen Beweisbedürftigkeit oder Nichtbeweisbedürftigkeit der Thatsache abhinge, so müßte man, ohne daß man sich dadurch eines Hysteronproteron schuldig machte, sagen, daß die Thatsachen der Klage als unbestritten und als per consequentiam nicht beweisbedürftig erschienen, mithin der Urkundenprozeß statthaft wäre; das Gegentheil statuirt aber der § 560 C.P.O.

Ich will damit nicht sagen, daß der Theorie von der Beweisbedürftigkeit der Thatsachen im Urkundenprozeß ein richtiger Kern fehlt. Notorische Thatsachen brauchen auch im Urkundenprozeß nicht durch Urkunden belegt zu werden. Aber es ist ein großer Unterschied zwischen diesen und den zugestandenen oder kraft Schweigens oder Versäumnisses festgesetzten Thatsachen; denn bei diesen letzteren ist es erst der Erfolg des Prozesses, welcher dem Richter die Thatsache in einer Weise vorlegt, daß er sie ohne Rücksicht auf seine materielle Ueberzeugung annehmen muß; und es ist dies ein Erfolg des Prozesses, welcher auf der Unvollkommenheit der irdischen Verhältnisse beruht, sofern die Kognitionsmittel des Richters beschränkt sind und der Richter in solchen Fällen schwer über das „Veto" der Parteien hinaus zur Wahrheitserforschung schreiten könnte.[1]) Diese Unvollkommenheiten des Prozesses dürfen nicht zu Vollkommenheiten erhoben werden, sie dürfen nicht das Mittel sein, um einem leichteren, schleuniger wirkenden Prozesse als Folie zu dienen.

In der That beruht der Grund der Erleichterung des Urkundenprozesses auf der Ueberzeugungskraft der Urkunde und auf dem sicheren Lichte, welches eine Urkunde über die Verhältnisse wirft; weshalb es auch der Gesetzgeber in hohem Grade begünstigen muß, daß die Parteien Urkunden errichten und dadurch ihre Rechtsverhältnisse klären; ein Gedanke, welchen das französische Recht bis zur äußersten Beschränkung des Zeugenbeweises durchgeführt hat. Soweit geht der deutsche Gesetzgeber mit Recht nicht; die Beweisbeschränkung des französischen Rechts hat ihre großen Schattenseiten; sie greift viel zu tief in die Verhältnisse des Lebens ein, sie stört das gegenseitige Vertrauen und die Zuversicht auf das Wort; wozu noch kommt, daß das französische Recht selbst durch das Institut des commencement de preuve par écrit wieder dem Leben Konzessionen machen mußte, durch welche ein großer Theil der Vorzüge des Urkundensystems verloren geht.

Dagegen ist eine Begünstigung des Urkundenbeweises als eines Erleichterungsmittels des Prozesses in vollem Maße legislativ gerecht-

1) Prozeß als Rechtsverhältniß S. 19 f.

fertigt, und auf solche Weise findet die Institution des Urkundenprozesses ihre volle und ausreichende Erklärung.

Gerade diese Erwägung aber zeigt es zur Evidenz, daß die gegnerische Anschauung, welche das ganze Gewicht auf die Bestrittenheit oder Nichtbestrittenheit der Thatsachen im Prozesse legt, eine unrichtige ist. Daß auch die Bestimmung des § 102 Z. 2 C.P.O. hierdurch neues Licht erhält, ergiebt sich von selbst: wer mit Urkunden bewehrt ist, hat damit ein solches Prä für sich, daß ihm die Ausländerkaution füglich erlassen werden kann.

Man könnte gegen das Gesagte nun allerdings noch ein zweifaches geltend machen; man könnte einmal sagen, daß ja auch nach unserer Anschauung die Gültigkeit des Urkundenprozesses darauf beruhe, daß der Beklagte die vorgelegten Urkunden anerkenne, wodurch ja gleichfalls das Schwergewicht in die Hand des Beklagten gelegt würde. Allein dieser Einwurf wäre verfehlt. Die Gültigkeit des Urkundenprozesses hängt nicht von der Anerkennung der Urkunden ab; nur kann allerdings durch die Bestreitung derselben der Kläger in die Nothwendigkeit kommen, für den Beweis der Echtheit Beweismittel beibringen zu müssen; aber gerade für diese Beweise steht ihm alles zu Gebote, was der bereits gültig eröffnete Urkundenprozeß den Parteien zu Gebote stellt, nämlich Urkunden und Eideszuschiebung; mithin ist gerade hierdurch dargethan, daß wir uns, trotz der Bestrittenheit der Urkunde, nicht außerhalb, sondern innerhalb des Urkundenprozesses bewegen.

Man könnte ferner entgegenhalten, daß ja der Urkundenprozeß noch nachträglich scheitern könne, wenn nämlich der Kläger den Echtheitsbeweis oder den Replikenbeweis nicht mit zulässigen Beweisen führen könne. Allein ein derartiges nachträgliches Scheitern des Urkundenprozesses ist nicht zu vermeiden, wenn man einerseits dem Beklagten die Vertheidigung einigermaßen vollständig gestatten, andrerseits den Kläger mit seiner Klage nicht vollkommen Schiffbruch leiden lassen will. Ein solches Resultat ist daher die unvermeidliche Folge des anderen Prozeßpostulates, dem Beklagten die Vertheidigung in angemessenem Umfange zu belassen; und es ist hier ja nicht das bloße Bestreiten oder Nichtbestreiten der Klagthatsachen, was dem Kläger (bei dem Replikenbeweis) den Urkundenprozeß verlegt, sondern das Vorbringen und das urkundenprozessuale Beweisen von Einwendungen; so daß man hier nicht sagen kann, daß der Urkundenprozeß in die Willkür des Beklagten gelegt ist.

§ 5.

Der Urkundenprozeß hat seine große, segenbringende Aufgabe; allein es darf nicht übersehen werden, daß das Verfahren mit exekutorischer Urkunde, welche ohne Prozeß zur Exekution schreitet, den Urkundenprozeß noch weitaus an Kraft und Schleunigkeit überragt.[1]) Aber allerdings das Verfahren ist nicht immer möglich, es wäre insbesondere gewagt, ein solches Verfahren bei nicht anerkannten Privaturkunden in Anwendung zu bringen. Eine Ausnahme aber kann gelten, wenn eine Privaturkunde anerkannt ist oder wenn ein Vorgang stattgefunden hat, welcher einer Anerkennung gleichsteht; dies hat insbesondere seine eminente Bedeutung bei Wechseln, sofern bei Präsentation des Wechsels der Acceptant die Echtheit anerkannt oder mindestens trotz Befragung des Protestbeamten nicht bestritten hat. Hier den Wechsel sammt Protest als exekutorische Urkunde zu behandeln, hätte keine Bedenken, und solches würde die Befriedigung des Wechsels leichter und minder kostspieliger machen. Derartige Vorschläge sind bereits gemacht worden[2]); im spanischen Rechte ist der Gedanke bereits verwirklicht. In der spanischen C.P.O. von 1881 sind unter den Titeln, welche eine aparejada ejecucion gewähren, aufgezählt:

a. 1429 nr. 4:

Las letras de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptacion al tiempo de protestar la letra por falta de pago.

Dies führt uns auf das Exekutivverfahren in Spanien, welches sowohl dogmatisch als historisch von hervorragendem Interesse ist.

§ 6.

Das Exekutivverfahren in Spanien ist ein Mittelding zwischen dem Verfahren aus exekutorischer Urkunde und dem deutschen Urkundenverfahren. Beides sind zwar scheinbar unvereinbare Gegensätze: die exekutorische Urkunde gewährt eine Exekution ohne Prozeß und Urtheil, während der Urkundenprozeß die Exekution nur auf Grund eines Urtheils gewährt. Aber die Exekution kann getheilt werden: es kann ohne Urtheil ein Güterbeschlag, es kann mit Urtheil eine Fortsetzung der Exekution erfolgen; es kann auch dem Güterbeschlag ein gericht-

---

1) Vgl. meine Abhandlung über die exekutorischen Urkunden im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72, S. 2 f.

2) Vgl. z. B. den Hamburgischen Korrespondenten v. 27. Mai 1885 Nr. 145.

liches Verfahren vorhergehen, welches zwar nicht zu einem Urtheile führt, wohl aber zu irgend einem die Sache vorläufig abschließenden richterlichen Bescheide.

Beides findet sich in der spanischen P.O. von 1881[1]: der Kläger muß auf Grund eines exekutorischen Titels die demanda ejecutiva erheben (a. 1439); unter den exekutorischen Titeln figurirt in erster Reihe die escritura publica, in zweiter Reihe gewisse Privaturkunden, meist aber nur Privaturkunden, deren Echtheit anerkannt ist, auch die Wechsel in dem soeben (S. 126) angeführten Falle; sodann das gerichtliche Geständniß (a. 1429). Nach Prüfung des Titels verfügt der Richter, sobald kein hindernder Mangel vorliegt, die Exekution (a. 1440). Darauf hin stellt ein alguacil dem Beklagten das Zahlungsgebot zu (a. 1442) und wenn er nicht zahlt, wird zum embargo des Vermögens geschritten so weit, als zur Zahlung erforderlich. Hierauf wird der Beklagte zum remate-Verfahren geladen, in welchem er Einwendungen geltend machen kann; vorzubringen hat er diese Einreden in bestimmter kurzer Frist: in 3 Tagen muß er durch einen procurador auftreten, in weiteren 4 Tagen hat er die Einreden zu bringen (a. 1459. 1461. 1463); die Einreden sind beschränkt: aber nicht nach der Beweislichkeit, sondern nach ihrem sachlichen Gehalte; es werden außer gewissen Prozeßeinreden gehört die Einrede der Zahlung, der Verjährung, des Erlasses, der Novation; es werden auch gehört die Einreden des Vergleichs und Kompromisses; auch die Kompensationseinrede, jedoch wird verlangt, daß sie beruhe auf einem credito liquido que resulte de documento que tenga fuerza ejecutiva (a. 1464). Außerdem kann der Exekutivtitel als falsch oder als nichtig oder als der Exekutivkraft entbehrend bekämpft werden (a. 1464. 1467).

Die Schleunigkeit soll aber dadurch erzielt werden, daß der Beweis in verkürzter Frist, in 10 Tagen, geführt werden muß (a. 1469. 1470). Jetzt folgt die Sentenz, welche entweder die Fortsetzung der Exekution statuirt oder sie verwirft oder das ganze Verfahren für nichtig erklärt (a. 1473). Ist die Sentenz für Fortsetzung, so kann zwar dagegen appellirt werden, der Kläger kann aber nichtsdestoweniger die Durchführung der Exekution (das procedimiento de apremio) verlangen, sofern er entsprechende Kaution stellt (a. 1476 f.).

Damit ist das Exekutivverfahren erledigt; dasselbe ist daher nicht Theil eines zur definitiven Verbescheidung führenden Verfahrens, es gehört nicht zu den juicios declarativos; wer sich gegen das Resultat

1) Dieselbe schließt sich auch hier ziemlich genau an die P.O. von 1855 an. Vgl. dieselbe a. 941—978.

des Exekutivverfahrens wehren will, hat das Ordinarverfahren anzustrengen; der Kläger kann dies, wie der Beklagte; ausdrücklich heißt es in a. 1479: Las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos no produciran la excepcion de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestion.

Noch ist aber hier zu erörtern, daß das spanische Recht ein besonderes Verfahren kennt, um einen Titel, der noch nicht exekutorisch ist, zum exekutorischen zu machen; das Verfahren entspricht unserem Verfahren zur Feststellung der Echtheit einer Privaturkunde. Da nämlich eine Privaturkunde in der Regel nicht exekutorische Kraft hat (ausgenommen der Wechsel, und auch dieser nur unter besonderer Voraussetzung), so kann man den Schuldner der Urkunde zur Anerkennung der Unterschrift laden lassen mit der Wirkung, daß, wenn er ein zweites oder bezw. ein drittes Mal nicht erscheint, die Urkunde exekutorisch ist, d. h. der Schuldner als geständig gilt para el efecto de despachar la ejecucion (a. 1431).

Noch mehr; der Kläger kann den Beklagten zur eidlichen Erklärung über die Schuld laden, und gesteht er die Schuld oder erscheint er die genannten drei Male nicht, so kann in gleicher Weise exekutorisch gegen ihn vorgegangen werden (a. 1432 cf. a. 1429).[1])

Soweit das spanische Verfahren. Ganz ähnlich ist es nach der Argentinischen P.O. Auch hier sind Privaturkunden nur exekutorisch, wenn sie gerichtlich anerkannt sind (a. 465); aber der Schuldner kann zur Anerkennung der Unterschrift geladen werden (a. 465. 466); a. 466 besagt: Puede prepararse la accion ejecutiva, pidiendo previamente que sean reconocidos los documentos que por si solos no traen aperejada ejecucion.

Das Exekutivverfahren beginnt mit dem Antrag bei Gericht unter Vorlegung der Executivurkunde, worauf das Gericht den embargo, den Güterbeschlag, befiehlt, und wie nach spanischem Rechte wird der debitor zum remate-Verfahren geladen, in welchem er eine Reihe

1) Dagegen bewirken Zugeständnisse im Ordinarverfahren auf Grund der Positionen nach erfolgter Litiskontestation keinen vollstreckbaren Titel; a. 1434: La confesion hecha en el juicio ordinario absolviendo posiciones despues de contestada la demanda no constituye titulo ejecutivo, ni se podra en su virtud entablar este juicio, abandonando el ordinario. Dies entspricht vollkommen den Lehren der alten Spanier, z. B. des Roderich Suarez: Intellige hanc legem et similes, quae disponunt confessionem habere executionem paratam, quando confessio fit ad partis petitionem nullo dato libello nec litis constestatione et ordinario processu praecedente. (Bei Briegleb, Executorische Urkunden II, p. 292.)

von Einreden vorschützen kann (a. 485. 486. 487 f.). Wird der Güterbeschlag bestätigt, so kann der Kläger trotz der Apellation (gegen Kautionsstellung) Fortsetzung der Vollstreckung begehren (a. 498. 501 f.). Die Entscheidung im remate-Verfahren präjudicirt der Hauptsache nicht, a. 500: Cualquiera que sea la sentencia en el juicio ejecutivo, quedara, tanto al actor como al reo, su derecho a salvo para promover el ordinario.

Jeder, welcher mit der Geschichte des spanischen Exekutivrechts vertraut ist, sieht, wie sehr das heutige spanische Recht dem Typus der alten Gesetzgebung und Jurisprudenz auch hier folgt, dem Gesetze König Heinrichs von 1396, dem Gesetze Ferdinand V. von 1480 und den sich daran anschließenden Gesetzen von Madrid und Toro, über welche bereits Briegleb, Exekutorische Urkunden I, S. 157 f., 169 f., 172 f. ausführlich gehandelt hat.[1])

Das spanische Exekutivverfahren ist, wie das französische, hauptsächlich durch die Klausel getragen worden, welche in dem pactum ingrediendi gipfelt, nur hatte hier die Klausel die Wendung, daß sie nicht dem Gläubiger die ingressio gestattete, sondern daß sie den Richtern, welchen die Urkunde vorgewiesen wurde, Gewalt gab, ut faciant pro contentis in eo executionem in ejus persona et bonis, tamquam si contra eum esset lata sententia transacta in rem judicatam.[2]) Diese Klausel war üblich; ob sie nach Maßgabe der Gesetze nothwendig sei, wurde verschieden beantwortet und schließlich verneint.

Die Escritura publica als exekutorischer Titel, wie sie die spanische P.O. kennt, entspricht völlig der älteren Gesetzgebung; die 10 Tage, innerhalb welcher die Einreden bewiesen werden sollen, und welche sich in der Spanischen C.P.O. a. 1469, wie in der Argentinischen C.P.O. a. 490 finden, stammen bereits aus dem Gesetze von 1480; denn während Heinrichs Gesetz nur bestimmt hatte, daß der Beweis erfolgen solle luego sin alongamiento de malicia, so erklärte das Gesetz von 1480, das luego solle verstanden werden gleich 10 Tagen. Ebenso entsprechen die 3 Tage, in welchen der Schuldner nach erfolgter Ladung gegen den embargo auftreten soll (Spanische C.P.O. a. 1461, Argentinische a. 485), dem Gesetze Philipp II. von 1566[3]); und das Recog-

1) Vgl. auch Perez, Ordenanzas reales de Castilla (Madrid 1779) I, p. 611 f.

2) Suarez bei Briegleb II, S. 294. Oder spanisch: las partes dan poder a todos e qualesquier Jueces e Justicias, ante quien la presente carta e instrumento fuere presentada, para que sobre lo contenido en la dicha carta hagan execucion en sus personas y bienes, ansi, e tan cumplidamente, como si contra el dicho N. fuese dada sententia difinitiva por Juez competente; la qual fuese pasada en cosa juzgada. Bei Perez I, p. 613 f.

3) Bei Briegleb I, S. 178.

nitionsverfahren bezüglich der Privaturkunden geht auf Gesetze Karl V. von 1534 und 1548 zurück[1]); es wurde durch die Doctrin und Jurisprudenz so ausgebildet, wie es jetzt in der spanischen Gesetzgebung sanktionirt ist. Namentlich was die Frage betrifft, ob eine solche Handschrift in contumaciam für zugestanden betrachtet wird, so wird die Frage schon von Covarruvias erörtert und, unter Bezug auf Rebuffus, bejaht: cum alioqui contumaces praemio afficerentur.[2])

Damit ist klar gelegt, wie auch hier das spanische Prozeßrecht die Traditionen gewahrt hat, welche die mittelalterliche Jurisprudenz geschaffen hatte. Und wie außerordentlich fruchtbar ein Grundgedanke ist, geht daraus hervor, daß der große welthistorische Unterschied zwischen der französischen Exekutivklausel und der spanischen auf den an sich unscheinbaren Unterschied zurückzuführen ist, daß die französische Klausel mehr von dem Gedanken getragen ist, daß der Gläubiger das Ingressions- und damit das Exekutionsrecht hat, während die spanische Klausel dem Richter den Eintritt in das Vermögen freigiebt, folgeweise die Entwickelung des Verfahrens aus der exekutorischen Urkunde den Händen der Partei entringt und sie dem Richter überantwortet. Im übrigen sehen wir allerdings auch sonst in Frankreich einen kräftigeren Fortschrittsimpuls, und eine Bestimmung, wie die der Ordonnance von 1539[3]), eine Bestimmung von einer Bedeutung, welche derjenige fühlt, der die geradezu immense Zukunft der exekutorischen Urkunden ins Auge faßt, ist von einem Fortschrittgehalte, wie er wenigen Gesetzen jener Zeit innewohnt.

§ 7.

Auch das Mahnverfahren führt zu einer vollständigen Erledigung der Sache; das Mahnverfahren, so wie es in der deutschen C.P.O. gebildet ist. Denn das Mahnverfahren läßt eine Reihe möglicher Bildungsformen zu.[4])

Die Deutsche C.P.O. hat die Gestaltung gewählt, welche nicht blos zu einem vollstreckbaren Titel, sondern zu einer urtheilsmäßigen Entscheidung führt. Daraus ergiebt sich von selbst, daß unser Mahnverfahren die Rechtshängigkeit bewirkt und daß es nicht statthaft ist, daneben denselben Anspruch, sei es positiv, sei es negativ, zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen.

---

1) Bei Briegleb I, S. 175.
2) Briegleb II, S. 310.
3) Vgl. darüber meine Abhandlung über die Geschichte der exekutorischen Urkunde in Frankreich, in der Zeitschr. der Savignystiftung, German. Abth. VIII, S. 120 f. 128 f.
4) Vgl. auch Prozeß als Rechtsverhältniß S. 126.

Der auf klägerischen Antrag ergehende Zahlungsbefehl (§ 628) hat nicht den Charakter eines bedingten Urtheiles [1]); wäre dies der Fall, so wäre der Richter, sobald ein Vollstreckungsbefehl in Frage steht, an den Zahlungsbefehl gebunden und er dürfte nicht etwa den Vollstreckungsbefehl verweigern, wenn er zu der Auffassung gelangt, daß der Rechtstitel ein solcher ist, aus welchem ein klagbarer Anspruch nicht hervorgehen kann (z. B. Wette oder Spiel). Auch dürfte der Vollstreckungsbefehl nicht verweigert werden, auch wenn es sich herausstellen würde, daß der Zahlungsbefehl in der irrigen Unterstellung der Kompetenz des betreffenden Amtsgerichts erlassen worden ist, während es sich bei der Zustellung des Zahlungsbefehles ergiebt, daß der Schuldner an dem betreffenden Orte durchaus nicht seinen Wohnsitz hat (§ 629). [2]) Das wäre unerträglich; oft ist das Gericht bei Erlassung des Zahlungsbefehls gar nicht in der Lage, die Wohnsitzfrage zu entscheiden. — Der Zahlungsbefehl enthält vielmehr die Erklärung: „der Kläger verlangt von dir die betreffende Summe", und sodann die Androhung eines entsprechenden Urtheils im Falle des Nichtwiderspruchs; der Zahlungsbefehl schafft kein bedingtes Urtheil, er schafft kein bedingtes Recht; er schafft auch keine unwandelbare Situation — aber er schafft insofern eine Situation, als er die eine Voraussetzung erfüllt, unter welcher seiner Zeit ein Urtheil, ein Vollstreckungsbefehl gegeben werden kann.

Im Falle des Widerspruchs fällt die Voraussetzung eines solchen Urtheiles zusammen, der Vollstreckungsbefehl kann daher nicht erlassen werden. Das Verfahren könnte daher überhaupt nicht mehr weiter gehen; der Versuch einer solchen Erledigung des Prozesses ist gescheitert. Hier ist es aber doppelt erforderlich, daß, wenn das eine Verfahren scheitert, nicht auch die Rechtshängigkeit erlischt — diese wäre sonst in die Discretion des Beklagten gesetzt. [3]) Darum giebt die P.O. mit Recht die Möglichkeit, nachdem das Verfahren in der begonnenen Weise gescheitert ist, die Sache in das ordentliche Verfahren überzuleiten, ohne das begonnene Prozeßrechtsverhältniß aufzugeben; ich sage Möglichkeit, richtiger ist zu sagen: „Möglichkeiten", da die P.O. die Sache nicht gleichartig behandelt (§ 636. 637). Ist die Streitsache eine amtsgerichtliche, so ist die Frage in vortrefflicher Weise gelöst: in dem Antrage auf Zahlungsbefehl liegt implicite eine Klage des ordentlichen Verfahrens [4]), in der Zustellung des Zahlungsbefehles die Zustellung

1) Ein viel verbreiteter Irrthum.
2) Vgl. den Fall und die Entscheidungen in Z. f. Civ.-Proz. XI, S. 324 f.
3) Man vergleiche, was oben S. 115 f. bezüglich des Urkundenprozesses erörtert worden ist.
4) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 44 f.

dieser implicirten Klage; und tritt daher der Fall ein, daß man des ordentlichen Verfahrens bedarf, so ist dasselbe sofort parat — es ist vorbereitet von dem Amtsgericht, welches den Zahlungsbefehl erläßt, und jeder Theil kann dieses vorbereitete ordentliche Verfahren betreiben. Dieses ist auch noch aus einem anderen Grunde eine gute Einrichtung: nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte kann den Fortgang des ordentlichen Verfahrens betreiben; und der Beklagte kann ein wesentliches Interesse daran haben, nicht weiter unter dem Damoklesschwerte eines prozessualisch behaupteten Anspruchs zu schweben, sondern die Möglichkeit eines sofortigen Austrages zu finden; und diese Möglichkeit wird ihm hiermit gegeben.

Ist die Sache landgerichtlich, so ist der Uebergang des Verfahrens nicht in gleich befriedigender Weise geordnet. Wünschenswerth wäre es, daß die Sache nunmehr von selbst bei dem vorgesetzten Landgerichte anhängig würde, so daß die bei dem Amtsgerichte begonnene Rechtshängigkeit sich auf das Landgericht übersetzte. Es wäre wie im vorigen Fall: ein jeder Theil könnte das Verfahren bei dem Landgerichte fortsetzen und es verhielte sich wie mit dem Falle, wenn das Amtsgericht für unzuständig erklärt und die Sache an das Landgericht verwiesen wäre — einer solchen Verweisung bedarf es nicht, da die Sache nur für das Mahnverfahren bei dem Amtsgerichte anhängig gemacht worden ist und das Mahnverfahren in das ordentliche Verfahren übergeht. Dies hätte denn auch den großen Vortheil, daß nicht nur der Kläger, sondern auch der Beklagte die Möglichkeit hätte, ohne Monate lang warten zu müssen, eine alsbaldige Erledigung der Sache zu postuliren, wie das vielfach in seinem Interesse liegen wird.

Ist ein Vollstreckungsbefehl ergangen und ist hiergegen der Einspruch erhoben worden, so wird dadurch das Urtheil, welches im Mahnverfahren ergangen ist, neutralisirt; aber nicht nur das Urtheil wird neutralisirt, sondern das Versäumte wird nachgebracht: der Einspruch enthält zugleich einen nachträglichen Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl: wie der gewöhnliche Einspruch das Verfahren eröffnet und dem Oppositionskläger das Recht bietet, alle seine Einwendungen zu bringen, gerade als wenn er in der ersten Verhandlung erschienen wäre, ebenso bietet der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl das Recht, den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl nachzubringen, und da der Einspruch zugleich die unverkennbare Erklärung enthält, daß der Zahlungsbefehl nicht zum Vollstreckungsbefehl werden soll, so enthält der Einspruch den Widerspruch implicite in sich. Daher kann aus einem solchen Zahlungsbefehl nicht nochmals ein Vollstreckungsbefehl

erwirkt werden. Der Vollstreckungsbefehl selbst wird neutralisirt, denn es tritt der Zustand ein, als ob der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl rechtzeitig erfolgt wäre: wäre er rechtzeitig erfolgt, so hätte kein Vollstreckungsbefehl ergehen können, kraft des Einspruchs wird daher der Zustand des nichterwirkten Vollstreckungsbefehls hergestellt. Allerdings ist diese Beseitigung des Vollstreckungsbefehles keine absolute; denn ist das schließliche Urtheil gleichlautend, so nimmt es, wie gewöhnlich, den materiellen Gehalt des Versäumungsurtheiles, also hier des Vollstreckungsbefehles in sich auf.[1]) Die Beseitigung des Vollstreckungsbefehles in seinem materiellen Urtheilsgehalt ist an die Bedingung geknüpft, daß das im ordentlichen Verfahren erfolgte Urtheil einen anderen Gehalt hat, daß es materiell dem Vollstreckungsbefehl widerspricht.

Damit wäre die normale Funktion des Einspruchs vollzogen. Aber der Einspruch hat nach der C.P.O. noch eine weitere exuberante Wirkung: der Einspruch hat zugleich die Wirkung, die Sache im ordentlichen Verfahren fortzusetzen: der Einspruch (§ 640) ist in der Form des § 305 einzulegen, d. h. er enthält zugleich eine Ladung, und zwar eine Ladung zur Verhandlung im ordentlichen Verfahren. Während daher der Widerspruch einfach den Zahlungsbefehl kraftlos macht, hat der Einspruch zugleich die Funktion, den Kläger zur Fortsetzung des Prozesses im ordentlichen Verfahren zu laden; der Einspruch ist daher nicht nur ein Akt im außerordentlichen, sondern zugleich ein Akt im ordentlichen Verfahren, und zwar ein Akt, welcher nicht etwa blos (wie der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl in amtsgerichtlichen Sachen) das ordentliche Verfahren rechtlich anhängig macht, sondern ein Akt, welcher dasselbe faktisch in Lauf setzt. So wenigstens der Einspruch bei amtsgerichtlichen Sachen. Ist diese Behandlung geboten und zweckentsprechend? Ich glaube nicht. Oftmals wird weder der eine noch der andere Theil den Wunsch haben, die Sache im ordentlichen Verfahren fortzuführen.[2]) Nicht selten wird der Kläger auf den Widerspruch hin die Sache fallen lassen oder der Beklagte sich nach erhobenem Widerspruche zu einem Vergleiche verstehen; der

1) Daher bleibt in solchem Falle eine auf den Vollstreckungsbefehl hin genommene Urtheilsinscription bestehen und sie bleibt mit ihrem ursprünglichen Datum bestehen. Die Sache ist allerdings bestritten. Vgl. oben S. 35 f. 59 f.

2) Anders ist es natürlich bezüglich der obigen Bestimmung, daß im Fall des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl die Sache im ordentlichen Verfahren anhängig ist: ist sie auch anhängig, so geht das Verfahren doch nicht vorwärts, wenn nicht der eine oder andere Theil zur Fortsetzung ladet. Im Einspruch soll aber bereits diese Ladung zur effektiven Entwickelung des Verfahrens enthalten sein, und das ist es, was ich als legislativ unrichtig erachte.

Sprung in das ordentliche Verfahren, der Uebergang zur effektiven Entwickelung desselben, ist nur dann gerechtfertigt, wenn genügende Kampflust obwaltet.

Vielmehr ist hier das Verfahren, wie es die C.P.O. bei den landgerichtlichen Sachen statuirt, den Postulaten des Falles gemäß. Sachentsprechend ist nämlich folgendes:

Der Einspruch enthält einmal die Opposition gegen den Vollstreckungsbefehl und sodann bereits implicite das Nachbringen der versäumten Prozeßhandlung — ganz ähnlich wie nach französischem Rechte mit der opposition auch zugleich die défenses gebracht werden müssen. Diese nachgebrachte Prozeßhandlung aber ist nichts anderes als der versäumte Widerspruch; und da der Widerspruch durch einfache Erklärung ohne jede Ladung erfolgen kann, so sollte es auch zum Einspruch genügen, daß der Beklagte erklärt, daß er gegen den Vollstreckungsbefehl Einspruch einlege und den Widerspruch nachbringe. Damit wäre der Vollstreckungsbefehl als exekutorischer Titel neutralisirt, er wäre beseitigt, allerdings unter Vorbehalt dessen, daß ein späteres Urtheil seinen materiellen Gehalt übernehmen könnte.

Dieses Verfahren hätte nun aber den einen Nachtheil, daß nämlich bezüglich der Rechtsgültigkeit und Rechtzeitigkeit des Einspruchs Zweifel obwalten könnten, und solche Zweifel wären, wenn es sich um einen vollstreckbaren Titel handelt, von großer Mißlichkeit; insbesondere wäre es bedenklich, dem Gerichtsvollzieher, welchem der exekutorische Titel überantwortet ist, die Lösung des Zweifels zu überlassen. Mit Recht geht die P.O. davon aus, daß ein einmal erwirkter Vollstreckungstitel nachwirkt, solange nicht durch Urtheil oder sonstigen gerichtlichen Bescheid seine Aufhebung konstatirt oder seine Vollzugskraft gelähmt wird — mit anderen Worten, solange nicht ein Gegentitel vorhanden ist. Daher bedarf es einer Ergänzung des Verfahrens zur Konstatirung der Rechtsgültigkeit und Rechtzeitigkeit des Einspruchs, und diese Prozedur ist es nun, welche nach § 640 C.P.O. in landgerichtlichen Sachen stattfinden soll: das Amtsgericht entscheidet darüber, ob ein wirksamer Einspruch erhoben ist, es entscheidet darüber durch Urtheil, und diese Entscheidung ist ein dem Vollstreckungsbefehl entgegentretender Gegentitel; denn sie stellt ein den Vollstreckungsbefehl negirendes gerichtliches Urtheil dar, ein gerichtliches Urtheil, welches den Vollstreckungsbefehl als exekutorischen Titel negirt, weil es sagt, daß die Sache so gehalten werden muß, als wie wenn rechtzeitig der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben wäre. Nunmehr ist der Beklagte gemäß § 691, Z. 1 C.P.O. gegen

das Weiterwirken des vollstreckbaren Titels gedeckt, er kann verlangen, daß die Folgen des Vollstreckungsbefehls cessiren. Im übrigen wäre die Sache, wie wenn gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch erhoben wäre: der Prozeß wäre beim Amtsgericht oder beim Landgericht anhängig und es wäre Sache des einen oder des anderen Theiles, wenn er genügende Streitlust hat, den Prozeß im ordentlichen Verfahren zur Fortsetzung zu bringen. Die Behandlungsweise der P.O., daß der Kläger beim Landgericht die Klage zu erheben hat und daß nicht auch der Beklagte die Sache in ordinario weiterbetreiben kann, halte ich allerdings auch hier für eine unrichtige.

Wir haben oben bemerkt, daß der Vollstreckungsbefehl als vollstreckbarer Titel durch den rechtzeitigen Einspruch neutralisirt wird. Man könnte dies bestreiten, mit Rücksicht darauf, daß im ordentlichen Verfahren der Einspruch nicht hinreicht, um dem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumungsurtheil die Vollstreckungskraft zu nehmen, sondern daß in solchem Falle erst die Aufhebung des Versäumungsurtheils die Vollstreckungskraft beseitigt und vorher höchstens eine einstweilige Anordnung erfolgen kann (§ 647. 657. 655 C.P.O.). Allein man würde hierbei den großen Unterschied zwischen einem Versäumungsurtheil in ordinario und dem Vollstreckungsbefehl verkennen Dieselben stehen zwar in ihrem Urtheilscharakter einander gleich, als Vollstreckungstitel aber haben sie bedeutende Verschiedenheiten; die vorläufige Vollstreckbarkeit des Versäumungsurtheils beruht auf der ausdrücklichen Erklärung im Urtheil, und diese kann nicht ohne weiteres durch Einspruch hinweggewischt werden; die vorläufige Vollstreckbarkeit des Vollstreckungsbefehles dagegen beruht auf seiner Eigenschaft als Vollstreckungsbefehl, d. h. als eines auf Grund des Nichtwiderspruchs gegen einen Zahlungsbefehl erwirkten Titels; dieser Charakter aber steht und fällt mit seiner Voraussetzung, nämlich mit der Nichterhebung des Widerspruchs: durch den Einspruch, welcher zugleich eine wirksame Nachholung des Widerspruchs enthält, wird ihm dieser Charakter genommen, und damit ist der Vollstreckungsbefehl als executorischer Titel neutralisirt; als solcher bleibt er auch neutralisirt, selbst wenn in dem darauf folgenden ordentlichen Verfahren ein dem Vollstreckungsbefehl inhaltlich entsprechendes Urtheil ergeht, also selbst wenn der materielle Gehalt des Vollstreckungsbefehles in das Urtheil aufgenommen wird. Daher gilt in solchem Falle der Satz: die im Vollstreckungsbefehl enthaltene materielle Entscheidung besteht zwar fort, die vorläufige Vollstreckbarkeit des neuen Urtheils dagegen tritt nur dann ein, wenn dieselbe ausdrücklich ausgesprochen wird, und

auszusprechen ist sie nach Rücksichten, welche für das Ordinarverfahren gelten.

Ich sagte, daß dem Vollstreckungsbefehl der Charakter als Vollstreckungsbefehl durch den Einspruch genommen wird; zur Aufhebung oder auch nur Einstellung der Vollstreckung gehört aber, wie soeben gezeigt, daß diese Neutralisirung des Vollstreckungstitels durch richterliches Urtheil konstatirt wird; darum der obige Satz von der praktischen Bedeutung des konstatirenden Urtheiles (vgl. § 655. 691, Z. 1). Daß das amtsgerichtliche Konstatirungsurtheil in einer landgerichtlichen Sache diese Bedeutung hat, kann nach dem obigen nicht bezweifelt werden; hat doch ein solches Urtheil, weil es die Sache beim Amtsgericht erledigt, die Natur eines Endurtheiles. Das Gleiche muß aber auch analog in dem amtsgerichtlichen Verfahren gelten, obgleich dasselbe, wie oben gezeigt, in dieser Beziehung unrichtig gebaut ist. Allerdings kann im amtsgerichtlichen Einspruchsverfahren, so wie wir es jetzt haben, die Zulässigkeit des Einspruchs nur durch Zwischenurtheil ausgesprochen werden; aber wenn solches Urtheil auch nur den Charakter eines Zwischenurtheiles hat, welches lediglich die prozessualische Situation des neuen Prozesses festsetzt, wenn dasselbe auch nur erklärt, daß wegen der richtigen Erhebung des Einspruchs der Prozeß im erhobenen Ordinarverfahren weitergehen könne, so spricht es doch damit implicite aus, daß der Einspruch richtig erhoben ist, und diese Konstatirung genügt, um zur Aufhebung der Vollstreckungskraft des Vollstreckungsbefehles zu gelangen; vgl. § 691, Z. 1 C.P.O.: mit dem Zwischenurtheil ist erklärt, daß der Vollstreckungsbefehl qua Vollstreckungsbefehl nicht mehr existirt, daß es ihm daher an der vorläufigen Vollstreckbarkeit fehle, und diese Entscheidung ist eine vollstreckbare Entscheidung im Sinne des § 691, Z. 1; denn wenn § 691, § 1 von vollstreckbaren Entscheidungen handelt, so sind hiermit solche Entscheidungen gemeint, welche genügen, um gegenüber einem anderen Vollstreckungstitel als hindernde Gegentitel zu fungiren; und solches ist hier, wie gezeigt, der Fall.

Auf eine Art des Betreibungsverfahrens, welches gegenüber dem deutschen Mahnverfahren beträchtliche Vortheile hat, habe ich bereits anderwärts aufmerksam gemacht[1]); es ist das englische Verfahren des writ mit special indorsement. Die Rules Order III 6 besagen[2]), daß:

---

1) Gruchot's Beiträge XXXII, S. 7.
2) Bei Wilson, Supreme Court of Judicature Acts p. 188, Andrews and Stoney, Supreme Court of Judicature Acts p. 112; vgl. auch Schuster, Bürgerliche Rechtspflege in England, S. 83 f.

In all actions where the plaintiff seeks only to recover a debt or liquidated demand in money payable by the defendant with or without interest, arising

(A) upon a contract, express or implied . . . .

or (B) on a bond or contract under seal for payment of a liquidated amount of money;

or (C) on a statute where the sum sought to be recovered is a fixed sum of money or in the nature of a debt other than a penalty[1]);

or (D) on a guaranty, whether under seal or not, where the claim against the principal is in respect of a debt or liquidated demand only;

or (E) on a trust;

or (F) in actions for the recovery of land[2]) with or without a claim for rent or mesne profits, by a landlord against a tenant whose term has expired or has been duly determined by notice to quit, or against persons claiming under such tenant;

the writ of summons may, at the option of the plaintiff, be specially indorsed with a statement of his claim, or of the remedy or relief to which he claims to be entitled.

Wie man sieht: in einer großen Reihe von Fällen, weit über die Fälle des deutschen Mahnverfahrens hinaus, gewährt das englische Recht dieses erleichterte Verfahren. Dasselbe zeichnet sich formell dadurch aus, daß das statement of claim bereits in den writ aufgenommen wird.[3])

Die große Bedeutung desselben aber ist die: der Kläger kann durch affidavit seinen Anspruch beglaubigen und auf Grund der Beglaubigung ein ihm günstiges Urtheil beantragen (Rules Order XIV 1), sofern nicht der Beklagte in irgend einer Weise glaubhaft macht[4]), daß er eine materielle Einrede habe, welche geeignet ist, die Klage zurückzuweisen (Rules Order XIV, 1 und 3). Daraufhin hat das Gericht nach Ermessen zu entscheiden und entweder das Urtheil trotzdem zu gewähren oder dem Beklagten die Vertheidigung vorbehaltlos oder

1) Alimentenklagen gehören nicht hierher; vgl. auch Bailey v. Bailey bei Wilson p. 189. Ein Antrag auf Injunction kann nicht mit verbunden werden, Yeatman v. Snow bei Archbold I, p. 222.

2) Hierher gehört auch die actio pigneraticia des Pfandschuldners auf Restitution der Pfandsache, Daubuz v. Lavington bei Wilson p. 189.

3) Es bedarf also eines besonderen statement of claim nicht mehr; Archbold I, p. 221.

4) Dies kann durch affidavit geschehen oder in anderer Weise, Archbold I, p. 273.

gegen Vorbehalt zu gestatten (Rules Order XIV 6). Bringt der Beklagte Bescheinigung, so pflegt ihm die Vertheidigung ohne weiteres gestattet zu werden; bringt er bloß Thatsachen, so pflegt das Gericht für die Vertheidigung irgend welche Bedingungen zu setzen.[1]) Im Zweifel soll die Vertheidigung gewährt werden.[2]) Auch eine Kompensationseinrede wird zugelassen, aber nur, wenn sie mit dem Klaganspruch connex ist.[3])

Gegen das Urtheil ist Appellation statthaft; es ist aber auch ein zweiter Prozeß möglich auf Grund neuen Materials.[4])

§ 8.

Urkundenprozeß und Mahnprozeß sind vollständige Prozesse, d. h. Prozesse, welche dazu geeigenschaftet sind, zu einer definitiven Erledigung der Prozeßsache zu führen, und welche dazu führen, auch gegen den Willen des Beklagten, — auch das Mahnverfahren, dieses dadurch, daß es den Sprung in das ordentliche Verfahren gestattet, ohne das Netz des einmal gesponnenen Prozeßverhältnisses zu zerreißen. Ganz anders verhält es sich mit dem Arrestprozeß.

Der Arrestprozeß führt nicht zu einer Entscheidung der Prozeßsache, sondern lediglich zu einem vollstreckbaren Titel. Er ähnelt daher dem Rekognitionsprozesse derjenigen Rechte, in welchen der Rekognitionsprozeß lediglich zu einem exekutorischen Titel, nicht zur definitiven Feststellung führt; er gleicht dem Mahnprozesse unter denjenigen Gesetzgebungen, welche den Vollstreckungsbefehl nicht als decisorisches Urtheil, sondern nur als vollstreckbaren Titel behandeln. Nichtsdestoweniger ist der Arrestprozeß ein Prozeß, nicht ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, denn der Arrestprozeß hat die Verwirklichung von Rechtsansprüchen zum Zweck, auch gegen den Willen des Beklagten; er soll einen vollstreckbaren Titel erzielen, auch wenn der Beklagte sich dagegen sträubt.

Aus dem Gesagten ergiebt sich von selbst, daß der Arrestprozeß keine Rechtshängigkeit bewirkt; es kann unabhängig davon die Sache zum Gegenstand des decisorischen (wie man im Spanischen sagt: des deklarativen) Prozesses gemacht werden; der Arrestbefehl präjudicirt dem Urtheil im Hauptprozesse nicht, und das freisprechende Urtheil

1) Vgl. die Entscheidungen bei Archbold I, p. 270 und bei Andrews and Stoney p. 146.

2) Nur in clear cases ist die Vertheidigung zu versagen, Archbold I, p. 270.

3) Entscheidung bei Archbold I, p. 271 f.

4) Vgl. Waggstaff v. Jacobwitz bei Wilson p. 228. Dies wurde hier mindestens entschieden bezüglich des Klägers.

des Hauptprozesses kann lediglich dazu führen, den Arrest aufzuheben. Ebenso kann neben dem Arrestprozeß die Sache im Schiedsverfahren erledigt werden und das Schiedsverfahren und der Schiedsvertrag hindern nicht, daß ein Arrestbefehl und damit ein vollstreckbarer Titel erwirkt wird.

Der Arrest ist dazu bestimmt, einen vollstreckbaren Titel zu erzielen — allerdings keinen vollstreckbaren Titel mit Vollwirkung, wohl aber einen vollstreckbaren Titel mit Halbwirkung —; über diese Halbwirkung ist bereits anderwärts gehandelt worden.[1])

Der Arrest soll einen vollstreckbareren Titel wirken für einen Anspruch auf eine Geldleistung, sei es für einen bereits fälligen oder für einen erst künftigen Anspruch, sofern er nur sicher eintreten wird. Was die bedingten Obligationen betrifft, so wird unten (S. 140) das nähere entwickelt werden.

Der Arrest will einen vollstreckbareren Titel wirken für eine Geldleistung, d. h. für eine Leistung, welche direkt auf Geld geht oder im Wege der Interessenumwandlung zur Geldleistung wird. Denn die Halbwirkung des vollstreckbaren Titels ist nur auf Geldvollstreckung angelegt, sie kann lediglich auf Entstehung eines gerichtlichen Pfandrechtes abzielen — mithin kann es sich nur um Vollstreckung zur Realisirung von Geldansprüchen handeln.

Der Arrestprozeß soll auch gegen den Willen des Beklagten einen vollstreckbaren Titel erzielen — er soll ihn erzielen, nicht aus einem materiellrechtlichen, sondern aus einem prozessualischen Grunde; ein vollstreckbarer Titel soll erzielt werden, wenn es prozessualisch nothwendig ist, wenn es als nothwendig erscheint, um den klägerischen Anspruch aus seinen Fährlichkeiten zu retten und ihm zur sicheren Erfüllung zu verhelfen. Der Anspruch aber, dessen Verwirklichung in Frage steht, ist eben der Anspruch auf Geldleistung, — derselbe Anspruch, welcher auch im Hauptprozesse schwebt, — nur daß es sich im Arrestprozesse nicht um Entscheidung, sondern um die Erlangung eines vollstreckbaren Titels handelt und daß im Arrestprozeß auch blos künftige Ansprüche in Betracht kommen können.

Da der Arrestprozeß nicht auf Entscheidung, sondern nur auf vollstreckbaren Titel angelegt ist, so hat die Abweisung des Arrestgesuchs (§ 802) nicht den materiellrechtlichen Charakter der Anspruchsabweisung, sondern nur den prozessualen Charakter einer absolutio ab instantia, d. h. es wird nur der Prozeß versagt, es wird kein Civilrecht abge-

---

1) Prozeß als Rechtsverhältniß S. 116.

sprochen. Eine solche Abweisung bewirkt daher insoweit, aber auch nur insoweit res judicata, wie eine jede absolutio ab instantia — sie bewirkt res judicata für alle Fälle, wo unter denselben prozessualischen Verhältnissen wiederum ein Arrestbefehl begehrt werden sollte.[1] Es steht daher keine res judicata entgegen, wenn ein Arrestgesuch mit neuen Gründen oder mit neuen Beweismitteln gebracht wird.[2])

§ 9.

Völlig unrichtig ist die Theorie, als ob neben dem Geldanspruch noch ein besonderer Sicherungsanspruch einherginge und der Arrestprozeß lediglich die Entscheidung und Vollstreckung dieses Sicherungsanspruches zum Ziele hätte. Ein solcher Sicherungsanspruch kann allerdings bestehen; ein solcher ist aber im gewöhnlichen Verfahren zum Austrage zu bringen: der Beklagte ist zur Sicherstellung zu verurtheilen und das Urtheil ist in gewöhnlicher Weise zu vollziehen. Allerdings ist auch ein Sicherungsanspruch ein Geldanspruch, er kann daher die Unterlage geben zu einem Arrestverfahren: allein in einem solchen Falle wird im Arrestprozesse nicht über den Sicherungsanspruch entschieden, in einem solchen Falle wird, um die Durchführung des Sicherungsanspruchs zu sichern, ein Arrest angelegt; die Frage, ob ein Sicherungsanspruch begründet ist, ist Gegenstand des Hauptprozesses und im Hauptprozesse zur Entscheidung zu bringen.

Auf solche Weise wird auch der Arrest bezüglich der bedingten Obligationen behandelt. Zur Sicherung eines aus der bedingten Obligation etwa hervorgehenden künftigen Anspruchs kann kein Arrest angelegt werden —; daß ein exekutorischer Zwangstitel für sichere künftige Ansprüche erzeugt wird, ist begreiflich, es wäre aber zu viel, wenn man auch wegen künftiger unbestimmter Ansprüche den Beklagten auf so schwere Weise in Mitleidenschaft ziehen würde; es stände solches auch in keinem Verhältniß zu der Art und Weise, wie solche unsichere Ansprüche im Konkurs behandelt werden (§ 60. 142. 144. 155. Konk.-Ordng.). Wohl aber kann nach Maßgabe des speziellen Civilrechts aus einer bedingten Obligation ein unbedingter Anspruch auf Sicherstellung für die etwaigen künftig geschuldeten Geldleistungen hervorgehen. Dieser unbedingte Sicherungsanspruch kann auf dem Wege des gewöhnlichen Prozesses verfolgt werden, und es kann zur sicheren Realisirung desselben auch — in entsprechenden Fällen — ein Arrest angelegt werden.[3])

1) Vgl. darüber oben S. 93 f.
2) Vgl. Wilmowski-Levy S. 1029.
3) Richtig Wilmowski-Levy S. 1020.

Daß der Arrestprozeß nicht die Verfolgung eines Sicherungsanspruchs zum Zwecke hat, geht aus den verschiedensten Erscheinungen des Arrestverfahrens hervor. Die Frage, ob ein Arrestprozeß begründet ist oder nicht, ist keine civilistische, sondern eine prozessuale Frage; sie wird entschieden nach dem Gesetze des Prozeßgerichts, nicht nach dem Gesetze des Ortes, dem die Obligation unterliegt. Daher ist es auch nicht statthaft, durch vorherigen Vertrag dem Arreste Zugang zu verschaffen, während doch ein Sicherungsanspruch vertragsmäßig begründet werden kann. Die Abweisung des Arrestes ist keine Abweisung des Anspruchs auf Sicherstellung — diese kann im gewöhnlichen Verfahren begehrt werden. Der Arrestprozeß ist also ein Gebilde des Prozeßrechts, welches seine besonderen prozeßrechtlichen Voraussetzungen hat; der Gedanke eines Sicherheitsanspruchs kann allerdings historisch zur Entwickelung des Arrestprozesses beigetragen haben, und er hat dazu beigetragen; aber dogmatisch ist beides sehr wohl zu scheiden — wie öfters, ist auch hier ein historischer Irrthum die Quelle eines neuen fruchtbaren Institutes gewesen.

§ 10.

Der Arrestbefehl ist ein vollstreckbarer Titel; aber wie gezeigt, kein vollwirksamer Titel.[1]) Er berechtigt nur zur Pfändung, nicht zu den weiteren Akten der Exekution. Er kann auch noch in anderer Weise beschränkt sein: er kann auch beschränkt sein bezüglich des Gegenstandes der Exekution, indem der Titel die Exekution nur bezüglich bestimmter Objekte gestattet; dies ist unvermeidlich im Falle des § 799, indem sich hier der Arrest nur auf die im Gerichtsbezirke befindlichen Vollstreckungsobjekte erstrecken darf.[2]) Eine Beschränkung in anderen Fällen ist nicht ausgeschlossen — aber sie ist nicht obligat: der normale Arrestbefehl giebt den Arrest für alle Arten von Voll-

1) Ist der Arrestbefehl genügend, um als vollstreckbarer Titel die Grundlage einer Anfechtungsklage zu bilden (§ 2 des Anfechtungsgesetzes)? Dies ist, wie sich aus § 10 des Anfechtungsgesetzes ergiebt, zu verneinen; es wäre auch sehr bedenklich, auf Grund eines so unvollkommenen Vollstreckungstitels Dritte zu behelligen. Vgl. auch die Entscheidung in Zeitschrift für Civilprozeß XIII, S. 433. Dagegen ist es statthaft, den Offenbarungseid zu begehren, wenn die Arrestpfändung nicht genügt, um die Forderung des Gläubigers zu decken; vgl. Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 321.

2) Etwas Besonderes gilt vom Personalarrest; der Arrestbefehl, welcher den Personalarrest gestattet, gestattet damit die Hinwegräumung eines Hindernisses der Vollstreckung; denn der Personalarrest ist in der Prozeßordnung nicht mehr als Zwangs- und Nöthigungsmittel, nicht mehr als indirektes Exekutionsmittel gedacht, sondern als Mittel zur Hebung eines Hindernisses; und nur insoweit ist er gestattet. Ob diese Beschränkung nicht legislativ zu weit geht, ist eine andere Frage.

streckungsobjekten, wie der normale exekutorische Titel die Vollstreckung bezüglich aller Exekutionssachen gestattet.[1])

Der Arrestbefehl ist ein vollstreckbarer Titel, welcher seine besonderen Endigungsgründe hat. Er erlischt, wenn nicht vollzogen, mit Ablauf der bekannten zwei Wochen, er erlischt mit Deposition der in ihm festgesetzten Sicherungssumme, er erlischt durch richterliches Aufhebungsurtheil; und ein solches kann begehrt werden wegen veränderten Umständen: der Arrestbefehl ist ein Vollstreckungstitel rebus sic stantibus (§ 809. 803. 807). Dies entspricht seiner subsidiären, sichernden Natur.)

Die Eigenart des Arrestbefehles bringt es mit sich, daß ein wichtiges Prinzip des Exekutionsrechts seine Beschränkung erleidet: das Prinzip nämlich, daß die Exekution nur unter gleichzeitiger Zustellung des exekutorischen Titels statthaft ist. Der Arrest will die Realisirung von Ansprüchen sichern in Fällen, wo durch weiteres Abwarten diese Realisation gefährdet wäre, daher ist sofortiger Zugriff geboten und oftmals der Zugriff ohne vorherige Benachrichtigung des debitor — eine solche Benachrichtigung hätte häufig die Wirkung, daß der ganze Zweck verfehlt würde. Mit Rücksicht darauf ist auch bezüglich der Forderungspfändung das Arrestgericht zugleich das Vollstreckungsgericht; der Gedanke ist offenbar der: mit Emission des Arrestbefehles kann auch bereits das entsprechende Forderungspfändungsdekret emittirt werden — es kann emittirt werden, ohne daß zuvor der Arrestbefehl zugestellt worden ist. Ein legislativer Mangel war es aber, daß die C.P.O. nicht ausdrücklich den Satz von der gleichzeitigen Zustellung des Exekutionstitels außer Kraft gesetzt hat; hätte man sich an das französische Muster gehalten, wornach die saisie zuerst stattfindet und erst 8 Tage darauf die dénonciation an den débiteur saisi (a. 557 f., 563 C. de proc.)[2]), so hätte es der Korrektur des Gesetzes durch die Arrestnovelle zu § 809 nicht bedurft. Aber auch nach der Arrestnovelle hat die Sache einen wesentlichen Mangel. Handelt es sich um einen Forderungsarrest, so ist die Arrestirung bei dem debitor tertius in ihrer Wirkung davon abhängig, daß innerhalb einer Woche die Zustellung des Arrestbefehles an den debitor exequendus erfolgt. Von dieser Zustellung hat der

---

1) Vgl. Prozeß als Rechtsverhältniß S. 115 f.

2) Diese Bestimmung, daß überhaupt innerhalb 8 Tagen eine Bekanntgebung an den saisi stattfinden müsse, ist eine Neuerung des Code de procédure, und eine glückliche Neuerung; früher wirkten die Oppositionen (Beschlagnahmen) auch ohne solche dénonciation auf unbestimmte Zeiten, bis zu 30 Jahren. Vgl. Roger, Traité de la Saisie-Arrêt nr. 452 f.

debitor tertius keine offizielle Kenntniß, er weiß daher nicht, ob die Pfändung der Forderung besteht oder nicht.[1]) Es wäre erforderlich gewesen zu bestimmen, daß dem debitor tertius innerhalb bestimmter Zeit von dieser Zustellung Kenntniß gegeben würde. Ebenso können Schwierigkeiten entstehen, wenn bei einer sonstigen Pfändung nicht nachgewiesen werden kann, daß die Zustellung nicht erfolgt ist und daß daher die Pfändung ihre Kraft verloren hat.[2]) Es könnte hier durch Eintragung in ein öffentliches Register der Arrestbefehlzustellungen u. a. Vorsorge getroffen werden.

Man fragt, welche Rechtsverhältnisse entstehen, wenn die Zustellung des Arrestbefehles nicht innerhalb der betreffenden Woche stattgefunden hat, und in welcher prozessualischen Weise diese Rechtsverhältnisse nach den Bestimmungen der Deutschen Civilprozeßordnung zur Geltung zu bringen sind.

Nun ist es sicher, daß durch den Mangel dieser Zustellung zunächst nur der Vollstreckungsakt, nicht auch der Arrestbefehl zusammenstürzt; wohl aber kann solches indirekt den Zusammensturz des Arrestbefehles zur Folge haben, sofern eben die ungültige Vollstreckung nicht zählt und in solchem Falle möglicher Weise die zwei Wochen vollstreckungslos verstreichen. Daraus ergiebt sich das Verfahren von selbst: die Vollstreckung wird durch den Mangel der Zustellung eine vitiöse, sie wird so vitiös, wie sie wäre, wenn im gewöhnlichen Verfahren eine Vollstreckung ohne gleichzeitige oder vorhergehende Zustellung erfolgt wäre. Ein durch den Gerichtsvollzieher erfolgter vitiöser Vollstreckungsakt aber ist auf Antrag durch das Vollstreckungsgericht nach Maßgabe des § 685 C.P.O. aufzuheben[3]): denn es handelt sich darum, daß eine vitiöse Vollstreckungsweise nicht aufrecht erhalten bleibt, und dies ist eben der Fall des § 685. Was aber den Fall der Forderungspfändung betrifft, so wird zwar der Drittschuldner, welcher im Falle der vitiösen und darum civilistisch ungültigen Pfändung zahlt, von seiner Forderung civilistisch frei; aber er thut es doch zu Unrecht — und angesonnen, verlangt, darf diese Zahlung so lange nicht werden, als nicht das Vollstreckungsgericht die Pfändung auf-

1) Auch hier hilft das französische Recht ab, indem es in a. 564 bestimmt, daß innerhalb einer gewissen Frist eine Denunziation an den Drittschuldner ergehen müsse, a. 564 Code de proc. und dazu Roger, nr. 483.

2) Vgl. darüber Falkmann, Zeitschrift für Civilprozeß XI, S. 72 f.

3) Der vitiöse Vollstreckungsakt ist aufzuheben, d. h. er ist aufzuheben als publicistischer Akt; denn civilistisch ist er ja von selbst nichtig. Darf auch der Gerichtsvollzieher selbst die vitiöse Vollstreckung aufheben? Vgl. darüber die reichsgerichtliche Entscheidung vom 9. Mai 1887, Entscheidung XVIII, S. 389. Der Gerichtsvollzieher kann dies, handelt aber auf seine Verantwortung.

gehoben und dadurch die civilistische Nichtigkeit konstatirt hat. Bezüglich des französischen Rechts vgl. Roger, nr. 483.

Ist aber zugleich mangels der rechtsgültigen Vollstreckung die zweiwöchentliche Frist resultatlos verlaufen, ist daher jetzt zugleich der Arrestbefehl als hinfällig erwiesen, dann ist, wie bei den übrigen Vollstreckungstiteln, die Vollstreckungsgegenklage das richtige Mittel, um die Konstatirung der Nichtigkeit des Vollstreckungstitels zu erzielen: es handelt sich hier analog dem Fall, daß die Nichtigkeit eines in exekutorischer Urkunde enthaltenen Vertrages dargethan werden soll. Für die Vollstreckungsgegenklage gegen den Arrestbefehl besteht nun aber die besondere Bestimmung des § 807; da nämlich, wie bereits bemerkt, der Arrestbefehl nur rebus sic stantibus gilt, so muß die Vollstreckungsgegenklage hier bedeutend erleichtert sein und besonderen erleichterten Bedingungen unterliegen. Daher § 807 C.P.O., und diese Gesetzesstelle ist auch hier anwendbar.[1])

§ 11.

Analog dem Arrestbefehl ist die einstweilige Verfügung (§ 814 f.); während aber der erstere ein vollstreckbarer Titel sein soll für eine Geldexekution, bezieht sich die einstweilige Verfügung auf sonstige Exekutionen. Aber auch sie ist ein unvollkommener exekutorischer Titel, sofern sie nicht zu vollen exekutorischen Maßnahmen befähigt. Nur besteht gegenüber dem Arrest ein bedeutender Unterschied: da nämlich bei der Exekution, welche keine Geldexekution ist, eine so einfache Gradation in den Exekutionsmaßnahmen nicht besteht, wie bei der Geldexekution, so ist es Sache des exekutorischen Titels, anzugeben, wie weit die Exekution gehen darf und bei welchen Maßnahmen dieselbe stillestehen soll; insbesondere zu bestimmen, welches Gebot oder Verbot zu erlassen ist — in welchem Falle das Gebot und Verbot bereits in den exekutorischen Titel aufzunehmen ist. Daher enthält ein solcher exekutorischer Titel eine nothwendige Beschränkung: der Titel berechtigt nur diejenigen Maßnahmen zu erzwingen, welche im Titel als erzwingbar gesetzt sind; während andere vollstreckbare Titel den Anspruch bezeichnen, aber die Art der Vollstreckung in thesi freigeben, während selbst der Arrestbefehl in der Regel die Vollstreckung frei läßt, nur mit den Beschränkungen, welche sich aus dem Arrestbefehl als solchem ergeben: so hat die einstweilige Verfügung nothwendig ihre individuelle Charakteristik; der Richter hat auch für die Vollstreckungsakte Maß und Ziel zu setzen.

1) Richtig Wilmowski-Levy S. 1038.

Der § 809 Abs. 2 der C.P.O. kann bei einstweiligen Verfügungen keine Anwendung finden — keine Anwendung mit Ausnahme dessen, daß die einstweilige Verfügung innerhalb der betreffenden Frist von zwei Wochen zuzustellen ist. Denn mindestens in den Hauptfällen liegt die Exekution der einstweiligen Verfügung bereits in der einstweiligen Verfügung selbst — so wenn es sich um ein Verbot unter Straffatzung handelt, so wenn ein Veräußerungsverbot ergeht — in welchem Falle höchstens noch eine Eintragung im Grundbuch aussteht —, so auch wenn ein Gebot erlassen wird, namentlich ein Gebot mit Beugezwangsbestimmung im Falle der Nichtbefolgung. Bei diesem Sachverhalte kann der § 809 Abs. 2 nicht herangezogen werden; die Bestimmungen über den Arrest finden ja auch nur entsprechende Anwendung (§ 815), und entsprechend wäre es nicht, Bestimmungen, die auf den ganz anders gearteten Exekutionsmodus der Geldexekution gebaut sind, auf die einstweilige Verfügung herüberzunehmen.[1])

Die einstweilige Verfügung verfolgt, wie der Arrestbefehl, den Zweck, zur Realisirung des Anspruchs zu verhelfen. Hier aber kann die Sache eine besondere Seite annehmen. Viele Verhältnisse verlangen nämlich eine kontinuirliche Regelung, weil es sich nicht um eine einmalige Leistung, sondern um einen dauernden Zustand handelt, welcher rechtlich geordnet werden soll. In solchem Falle ist es möglich, daß für die Zeit nach dem Urtheil die Vollstreckung völlig gesichert ist und daß daher die Verhältnisse nach dem Urtheil keinen Grund zu einer Sicherungsmaßregel abgeben würden; aber die Zeit vor dem Urtheil ist möglicher Weise eine ungeregelte, und diese ungeregelte Zeit kann möglicher Weise unleidliche Zustände mit sich führen. Das Recht ist nun aber nicht schon damit befriedigt, daß in künftiger Zeit der Zustand dem Rechte entspricht, sondern es soll auch in der Zwischenzeit eine dem Rechte möglichst nahe kommende Gestaltung der Dinge erzielt werden. Auch hier hat die einstweilige Verfügung ihre Stelle: sie soll nicht nur für die Zukunft den Eintritt des postulirten Zustandes garantiren, sie soll dafür sorgen, daß auch einstweilen ein leidiger modus vivendi geschaffen wird. Wie die einstweilige Verfügung die Herbeiführung eines rechtmäßigen Zustandes überhaupt garantiren soll, so soll sie bewirken, daß dieser rechtmäßige Zustand nicht nur für die spätere Zeit ermöglicht wird, sondern daß auch schon in

1) Vgl. nunmehr auch vortrefflich Reichsgericht 1. Mai 1888, Entsch. XXI, S. 416.

der Zwischenzeit ein Zustand entsteht, welcher leidlich den Postulaten des Rechts entspricht.

Solche einstweilige Verfügungen können nicht nur in dinglichen Prozessen vorkommen, sie spielen in Ehe- und in Alimentenprozessen eine Hauptrolle.[1]) Denn es wäre verfehlt, eine Alimentationspflicht in eine Reihe obligatorischer Pflichten aufzulösen und die einzelnen Alimente lediglich als die Ziele einer befristeten Obligation anzusehen: bei der Alimentation ist die Geldleistung nur das Mittel der persönlichen Erhaltung: Alimentation ist die Beihülfe zur Wahrung des Lebens durch Leistung von Beiträgen zu dem Lebensunterhalt. Wer die Alimente nicht leistet, der bleibt nicht nur mit der Erfüllung einer (Geld)-Obligation in Verzug, sondern er setzt ein Menschenleben in Gefahr: necat, qui alimonia denegat. Daher können durch einstweilige Verfügung auch Alimentenleistungen auferlegt werden, und dies widerspricht nicht dem obigen Grundsatze, daß für Geldansprüche der Arrest, für andere Ansprüche die einstweilige Verfügung das geeignete Sicherungsmittel ist.

Soeben wurde entwickelt, daß die einstweilige Verfügung insbesondere auch die Funktion hat, in kontinuirlichen Verhältnissen einen einstweiligen modus vivendi zu schaffen. Mit Recht hat die Reichsgesetzgebung in Rücksicht gezogen, daß das Civilrecht Situationen schaffen kann, bei welchen die einstweilige Regelung besonders dringend ist: in solchen Fällen ist es durch die Umstände geboten, daß die prozessualische Regelung dem Civilrechte und der Art des Civilrechts entspricht; beides muß einander angepaßt sein; daher bestimmt der § 16 Z. 4 des Einf.-Ges. zur C.P.O. sehr richtig, daß die Vorschriften der Landesgesetzgebung, wornach in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, bestehen bleiben; sie bleiben bestehen und es können daher in solchem Falle einstweilige Verfügungen ergehen, auch ohne daß die Voraussetzungen der Reichsgesetzgebung vorliegen.

---

1) Vgl. Wilmowski-Levy S. 1048, wo auch Entscheidungen.

Alphabetisches Register.

Realregister.

A. Deutsche Civilprozeßordnung.

II. Italienische P.O.

III. Ordonnance von 1667.

Code de procédure.

Code civil.

Genfer Prozeßordnung. S. 40 f.

IV. Bayerische Prozeßordnung. S. 43 f.

V. Englische Rules.

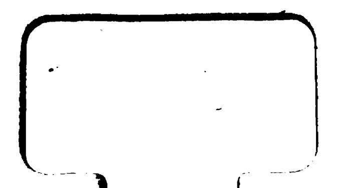
Rules von Queensland. S. 52 f.

Anglo Indian Code of civil procedure S. 53 f.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

Druck von Bär & Hermann in Leipzig.





Druck von Bär & Hermann in Leipzig.



Druck von Bär & Hermann in Leipzig.



Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

